

DÉCISION DU CORDIS

N° 02-40-15

Décision du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie en date du 15 juillet 2019 portant sanction à l'encontre de la société GRDF

Le comité de règlement des différends et des sanctions,

Une demande de sanction a été enregistrée le 16 novembre 2015, sous le numéro 02-40-15, présentée par la société Direct Energie à l'encontre de la société GRDF.

Elle est relative au non-respect par la société GRDF de la décision de règlement des différends en date du 19 septembre 2014.

*

1. Rappel des faits

Le comité de règlement des différends et des sanctions est saisi des faits suivants.

Il ressort des pièces du dossier que la société Poweo a conclu avec la société GRDF, gestionnaire du réseau public de distribution de gaz naturel, un contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel le 21 juin 2005. Ce contrat a fait l'objet de plusieurs avenants en date des 1^{er} janvier 2007, 1^{er} mars 2007, 1^{er} avril 2007, 26 décembre 2007, 30 septembre 2008 et 19 avril 2010.

Par une décision du 7 avril 2008, le comité a estimé, s'agissant de la conclusion du contrat GRD-Fournisseurs (ci-après « GRD-F ») en électricité, que « *le gestionnaire de réseaux de distribution ne peut, à travers une stipulation contractuelle, transférer sur un tiers ou un cocontractant, directement ou indirectement, tout ou partie* » de ses obligations. S'agissant de la notion de contrat unique proposé aux clients par les fournisseurs et englobant la fourniture de l'électricité et l'accès au réseau de distribution d'électricité, le comité a indiqué qu'il « *n'a ni pour objet, ni pour effet, de modifier les responsabilités contractuelles respectives du gestionnaire de réseaux, du fournisseur et du client final. Ce dernier bénéficie des mêmes droits et obligations que s'il avait conclu un contrat d'accès au réseau* » et que par conséquent, « *le rôle du fournisseur est celui d'un intermédiaire dûment missionné à cet effet par le client final et le gestionnaire de réseaux de distribution* ». Enfin, le comité a délimité le rôle du gestionnaire de réseaux en estimant qu'il « *ne peut, à travers une stipulation contractuelle, transférer sur un tiers ou un cocontractant, directement ou indirectement, tout ou partie de ses obligations* ».

Le 21 novembre 2008, la société Direct Energie a conclu avec la société GRDF un contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel. Ce contrat a fait l'objet d'un avenant en date du 1^{er} avril 2009.

Par une décision en date du 22 octobre 2010, le comité a estimé que les fournisseurs d'électricité, lorsqu'ils réalisent des tâches ou supportent des coûts pour le compte du gestionnaire de réseaux publics d'électricité dans le cadre du contrat unique, doivent être placés dans une situation équivalente à celle du gestionnaire de réseaux publics d'électricité lorsque ce dernier est directement lié au consommateur par un contrat d'accès au réseau public de distribution (ci-après « CARD »). Ainsi, le comité a décidé qu'aucune disposition législative en vigueur n'autorisait la société ERDF à faire supporter au fournisseur la charge d'un risque d'impayés pour la part acheminement revenant au gestionnaire de réseaux de distribution. Par conséquent, le comité a conclu que pour reverser au gestionnaire de réseaux de distribution d'électricité les sommes dues au titre de l'utilisation du réseau, le

fournisseur devait les avoir préalablement perçues auprès du client final, sauf défaillance de sa part et il a invité la société ERDF à modifier le contrat GRD-F en ce sens.

Le 11 juillet 2012, à la suite de la fusion-absorption de la société Direct Energie par la société Poweo, a été créée Poweo Direct Energie, venant aux droits et obligations, d'une part, de la société Direct Energie et, d'autre part, de la société Poweo.

Par courrier en date du 2 avril 2013, la société Poweo Direct Energie a demandé à la société GRDF que les contrats d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel « soient alignés sur les principes dégagés par » les décisions du comité du 7 avril 2008 et du 22 octobre 2010 et qu'un projet de contrat rectifié lui soit adressé. En outre, la société Poweo Direct Energie a transmis à la société GRDF un « contrat de prestations de services » établi sur le même modèle que celui établi avec la société ERDF afin de rémunérer le fournisseur pour les tâches qu'il effectue pour le compte du gestionnaire de réseau, en l'occurrence la société GRDF.

Par courrier en date du 7 juin 2013, la société GRDF a répondu à la société Poweo Direct Energie qu'aucune évolution du cadre contractuel ne pouvait être envisagée au motif que les décisions du comité du 7 avril 2008 et du 22 octobre 2010 ne sont intervenues qu'en matière de distribution d'électricité et ne se fondent que sur des dispositions légales et réglementaires ne s'appliquant pas à la distribution de gaz naturel. En outre, la société GRDF souligne que les situations envisagées par le comité, dans les décisions précitées, sont issues du contrat unique et du contrat CARD qui sont spécifiques à la distribution d'électricité et qui n'ont pas leur pendant s'agissant de la distribution de gaz naturel.

Au regard de la réponse apportée par la société GRDF, par un courrier en date du 22 juillet 2013, la société Poweo Direct Energie a saisi le comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie d'une demande de règlement de différend qui l'oppose à la société GRDF et portant sur le contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel, et son application.

*
* *

2. Exposé de la procédure de règlement du différend

Vu la demande de règlement de différend, enregistrée le 22 juillet 2013, sous le numéro 11-38-13, présentée par la société Direct Energie, anciennement dénommée Poweo, société anonyme, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Paris sous le numéro 442 395 448 dont le siège social est situé 2Bis rue Louis Armand, 75015 Paris, représentée par son Président Direct Général, M. Xavier CAITUCOLI, ayant pour avocat Maître Jean-Dominique BLOCH, Cabinet Bloch-O'Mahony-Tissier AARPI, 9 rue de Chaillot, 75116 Paris.

*

Vu les observations en défense, enregistrées le 16 septembre 2013, présentées par la société GRDF, société anonyme, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Paris sous le numéro 444 786 511, dont le siège social est situé 6, rue Condorcet, 75009 Paris, représentée par son Directeur Général, Madame Sandra LAGUMINA, et ayant pour avocats Maîtres Emmanuel GUILLAUME et Ludovic COUDRAY, cabinet Baker & McKenzie, 1, rue Paul Baudry, 75008 Paris

*

Vu les observations en réplique, enregistrées le 31 octobre 2013, présentées par la société Poweo Direct Energie.

*

Vu les observations en duplique, enregistrées le 2 décembre 2013, présentées par la société GRDF.

*

Vu les observations complémentaires, enregistrées le 15 janvier 2014, présentées par la société Poweo Direct Energie.

La société Direct Energie a demandé au comité de règlement des différends et des sanctions de :

- dire que « pour reverser au gestionnaire de réseaux les sommes perçues au titre de l'utilisation du réseau, le fournisseur doit les avoir préalablement recouvrées auprès du client final » ;
- dire « réputées contraires à la réglementation sectorielle toutes les stipulations qui :
 - visent à rendre le fournisseur redevable en son nom et pour son compte, du paiement de l'ATRD et de toute autre somme non couverte par le tarif ;
 - subordonnent l'accès à ce contrat à l'acceptation par le fournisseur de la prestation de relation d'intermédiation qui va au-delà de ce qu'exige la seule signature des CSL par le client final et prétend exiger du fournisseur qu'il rende des prestations à la société GRDF dont il ne peut fixer librement le prix ou les conditions de réalisation ;
 - obligent Poweo Direct Energie à fournir à GRDF la moindre prestation ou supporter la moindre charge dans le cadre du CLD alors même qu'elle n'est pas intervenue dans la signature de cette convention entre GRDF et le client final ».
- enjoindre « à GRDF de mettre en conformité les conventions CAD et leurs annexes en proposant à Poweo Direct Energie dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision, un avenant prévoyant que les clauses visées ci-dessus sont réputées n'avoir jamais existé entre les parties » ;
- fixer « la rémunération due à Poweo Direct Energie au titre des prestations de peines et soins rendues par Poweo Direct Energie à la société GRDF pour ce qui concerne les clients finals bénéficiant des CSL et qui sont visés tant dans le contrat de mandat que celui de commission annexés au CAD à un montant au moins égal à celui pour lequel Poweo Direct Energie a accepté d'être rémunéré dans la convention qui a été visée par la délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 26 juillet 2012, avec effet au 21 juin 2005 s'agissant de la convention avec la société Poweo, et au 21 novembre 2008 s'agissant de la convention avec la société Direct Energie ».

*

Vu le courrier du 6 mars 2014, adressé à Madame le Président du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, par lequel la société Eni gas & power France S.A. a demandé au comité d'être entendue, que ce soit par observations écrites ou orales, dans le cadre de la procédure, sur le fondement de l'article 5 du décret n° 2000-894 du 11 septembre 2000 et de l'article 3-VI du règlement intérieur du comité, afin d'éviter que la société GRDF ne tente de tirer argument de ce que la société Eni gas & power France S.A. ne serait pas partie à la procédure.

*

Vu les observations complémentaires, enregistrées le 16 juin 2014, présentées par la société GRDF.

La société GRDF a demandé au comité de règlement des différends et des sanctions de rejeter les demandes de la société Direct Energie.

*

Vu la décision du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie en date du 19 septembre 2014 sur le différend qui oppose la société Poweo Direct Energie à la société GRDF relatif au contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel.

Le comité des règlements des différends et des sanctions a décidé que :

« **Article 1^{er}.** – La société GRDF devra transmettre à la société POWEO DIRECT ENERGIE un nouveau contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel dans un délai de six mois à compter de la notification de la présente décision conforme aux principes rappelés dans la présente décision

Article 2. – La société GRDF communiquera au comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, dans le même délai que celui prescrit à l'article 1^{er}, le nouveau contrat.

Article 3. – Le surplus des demandes de la société POWEO DIRECT ENERGIE est rejeté.

Article 4. – *La présente décision sera notifiée aux sociétés POWEO DIRECT ENERGIE et GRDF. Elle sera publiée au Journal officiel de la République française. »*

*
* *

3. Exécution par la société GRDF de la décision de règlement du différend

Vu le courrier du 29 mai 2015 par lequel la société GRDF a adressé au comité de règlement des différends et des sanctions « *trois avenants aux contrats d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel conclus par Direct Energie* », entrant en vigueur au 1^{er} juin 2015, après leur signature par la société Poweo Direct Energie.

*

Vu le courrier du 20 octobre 2015 par lequel la société GRDF a transmis un nouveau projet d'avenant au comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie.

*

Vu la demande de sanction, enregistrée le 16 novembre 2015, sous le numéro 02-40-15, présentée par la société Direct Energie, société anonyme immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Paris sous le numéro 442 395 448, dont le siège social est situé 2Bis rue Louis Armand, 75015 Paris, représentée par son Président Direct Général, M. Xavier CAITUCOLI.

La société Direct Energie demande au comité, d'une part, « *de bien vouloir tirer les conséquences du comportement de GRDF depuis le 1er juin 2015 et ainsi constater le non-respect par GRDF de sa décision du 19 septembre 2014* » et, d'autre part, de constater le caractère grave et délibéré du non-respect de cette décision que révèlent tant l'avenant que la note explicative transmis le 20 octobre 2015.

*

Vu le courrier du 23 mars 2016 par lequel la société GRDF a transmis un troisième projet d'avenant au comité.

*

Vu les autres pièces du dossier.

*
* *

4. Ouverture, sur le fondement de l'article R. 134-30 du code de l'énergie, de la procédure d'instruction et les griefs retenus

Vu la décision du président du comité de règlement des différends et des sanctions en date du 20 mai 2016 portant désignation de Monsieur Denis RAPONE membre du comité en charge de l'instruction, en application de l'article R. 134-30 du code de l'énergie (ci-après « *membre désigné* »).

*

Vu la décision du président du comité de règlement des différends et des sanctions en date du 9 juin 2017 portant désignation de Madame Marie-Laure DENIS en remplacement de Monsieur Denis RAPONE à la suite de la démission de ce dernier.

*

Vu la décision du membre désigné du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie en date du 15 mai 2018 portant notification des griefs à la société GRDF pour non-respect de la décision de règlement des différends du 19 septembre 2014.

*

Vu la décision du président du comité de règlement des différends et des sanctions en date du 13 mai 2019 portant désignation de Monsieur Fabrice DAMBRINE en remplacement de Madame Marie-Laure DENIS à la suite de la démission de cette dernière.

*

Vu les courriers en date du 23 mai 2019 adressés par Monsieur Fabrice DAMBRINE aux sociétés Direct Energie et GRDF, par lesquels il confirmait à ces sociétés les termes de la notification des griefs adressée le 15 mai 2018 à la société GRDF.

4.1. Rappel de la procédure suivie par le membre désigné

L'article L. 134-28 du code de l'énergie prévoit que les « *sanctions énumérées à l'article L. 134-27 sont également encourues lorsque le gestionnaire, l'opérateur, l'exploitant ou l'utilisateur d'un réseau, d'un ouvrage ou d'une installation ou le fournisseur d'électricité ou de gaz naturel mentionné à l'article L. 134-25 ne s'est pas conformé dans les délais requis à une décision prise par le comité en application des articles L. 134-20 et L. 134-22, sans qu'il y ait lieu de le mettre préalablement en demeure* ».

Selon l'article L. 134-31 du code de l'énergie, les « *sanctions énumérées à l'article L. 134-27 sont prononcées après que le gestionnaire, l'opérateur, l'exploitant ou l'utilisateur d'un réseau, d'un ouvrage ou d'une installation, le fournisseur d'électricité ou de gaz naturel ou toute personne qui effectue ou organise des transactions sur un ou plusieurs marchés de gros de l'énergie ou portant sur des garanties de capacités mentionnées à l'article L. 335-2 a reçu notification des griefs et a été mis à même de consulter le dossier et de présenter ses observations écrites et verbales, assisté par une personne de son choix* ».

Aux termes de l'article R. 134-30 du code de l'énergie, « *pour chaque affaire, le président du comité de règlement des différends et des sanctions désigne un membre de ce comité chargé, avec le concours des agents de la Commission de régulation de l'énergie, de l'instruction. Le cas échéant, ce membre adresse la mise en demeure prévue à l'article L. 134-26 et notifie les griefs. Il peut ne pas donner suite à la saisine* ».

En outre, selon l'article 14 de la décision du 11 mars 2015 relative au règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie dans sa version applicable à l'époque des faits, « *s'il y a lieu, le membre désigné notifie les griefs, les sanctions encourues et la sanction qu'il entend proposer au comité de règlement des différends et des sanctions. Cette notification est adressée à la personne mise en cause qui dispose d'un délai ne pouvant pas être inférieur à quinze jours pour présenter au comité de règlement des différends et des sanctions ses observations écrites* ».

Il résulte de ces dispositions que lorsque la personne mise en cause, en l'espèce le gestionnaire d'un réseau, ne s'est pas conformé dans les délais requis à une décision prise par le comité de règlement des différends et des sanctions en application de l'article L. 134-20 du code de l'énergie, le membre désigné du comité peut lui notifier des griefs sans le mettre préalablement en demeure.

4.2. Constatations du membre désigné

Sur le schéma contractuel applicable au cas d'espèce

Les utilisateurs des réseaux publics de distribution de gaz naturel peuvent souscrire auprès de leur fournisseur un contrat unique incluant la fourniture de gaz naturel et l'accès au réseau de distribution de gaz naturel. Dans ce cas, il revient au fournisseur de gérer la relation contractuelle avec le consommateur final, y compris s'agissant de l'accès aux réseaux publics de distribution. Dès lors, le fournisseur supporte les coûts associés à cette activité.

Ainsi, et en application des dispositions de l'article L. 224-8 du code de la consommation, « *Le fournisseur est tenu d'offrir au client la possibilité de conclure avec lui un contrat unique portant sur la fourniture et la distribution d'électricité ou de gaz naturel. Ce contrat reproduit en annexe les clauses réglant les relations entre le fournisseur et le gestionnaire de réseau, notamment les clauses précisant les responsabilités respectives de ces opérateurs.*

Outre la prestation d'accès aux réseaux, le consommateur peut, dans le cadre du contrat unique, demander à bénéficier de toutes les prestations techniques proposées par le gestionnaire du réseau. Le fournisseur ne peut

facturer au consommateur d'autres frais que ceux que le gestionnaire du réseau lui a imputés au titre d'une prestation. »

L'article L. 224-1 du code de la consommation prévoit que « *Les dispositions de la présente section s'appliquent aux contrats souscrits par un consommateur avec un fournisseur d'électricité ou de gaz naturel, ainsi qu'aux contrats souscrits par un non-professionnel pour une puissance électrique égale ou inférieure à 36 kilovoltampères ou pour une consommation de gaz naturel inférieure à 30 000 kilowattheures par an.*

Les dispositions de l'article L. 224-2, de l'article L. 224-3 à l'exception des 13° et 16°, des articles L. 224-4 et L. 224-6, de l'article L. 224-7 à l'exception du 2°, des articles L. 224-8 à L. 224-12 et L. 224-16 sont applicables aux contrats souscrits dans les conditions mentionnées à l'article L. 332-2 du code de l'énergie pour la fourniture d'électricité et à l'article L. 442-2 du même code pour la fourniture de gaz naturel. »

L'article L.442-2 du code de l'énergie prévoit que les dispositions ci-dessus sont applicables « [...] *aux contrats conclus entre les fournisseurs de gaz naturel et les consommateurs finals non domestiques consommant moins de 30 000 kilowattheures par an ainsi qu'aux offres correspondantes.* »

En application des dispositions combinées des articles précités, les fournisseurs sont tenus de proposer un tel contrat aux consommateurs domestiques ainsi qu'aux consommateurs non domestiques et non professionnels pour une consommation annuelle de gaz naturel inférieure à 30 MWh.

Les modalités de mise en œuvre des contrats uniques sont définies par les contrats d'acheminement de distribution de gaz naturel (CAD), conclus entre les gestionnaires de réseaux de distribution et les fournisseurs.

*

En 2008, s'agissant du marché de l'électricité, le comité de règlement des différends et des sanctions a été saisi par les sociétés Direct Energie, Gaz de France, Electrabel France et Poweo d'une demande de règlement de différend qui les opposait à la société ERDF, devenue Enedis, portant sur la conclusion d'une nouvelle version du contrat GRD-F. Ce contrat définit les obligations et responsabilités du gestionnaire de réseau de distribution d'électricité et du fournisseur. Afin de pouvoir proposer à ses clients un contrat unique englobant la fourniture de l'électricité et l'accès au réseau de distribution d'électricité, un fournisseur doit avoir au préalable conclu un tel contrat avec le gestionnaire du réseau de distribution d'électricité.

Aux termes d'une décision rendue le 7 avril 2008, le comité a précisé la notion de contrat unique en décidant qu'il « *n'a ni pour objet, ni pour effet, de modifier les responsabilités contractuelles respectives du gestionnaire de réseaux, du fournisseur et du client final. Ce dernier bénéficie des mêmes droits et obligations que s'il avait conclu un contrat d'accès au réseau* » et que, par conséquent, « *le rôle du fournisseur est celui d'un intermédiaire dûment missionné à cet effet par le client final et le gestionnaire de réseaux de distribution.* » Enfin, le comité de règlement des différends et des sanctions a délimité le rôle du gestionnaire de réseaux en estimant qu'il « *ne peut, à travers une stipulation contractuelle, transférer sur un tiers ou un cocontractant, directement ou indirectement, tout ou partie de ses obligations.* »

En 2010, le comité a été à nouveau saisi par la société Direct Energie d'une demande de modification du contrat GRD-F afin de ne plus supporter les impayés des consommateurs pour la part acheminement de leur facture d'électricité. Dans le système du contrat unique, le fournisseur facture au client la part fourniture qu'il conserve et la part acheminement qu'il doit reverser au gestionnaire du réseau public de distribution d'électricité. Toutefois, à l'époque du différend, les clauses du contrat GRD-F en vigueur et conclu par chacun des fournisseurs avec la société ERDF font obligation aux fournisseurs de supporter la totalité de la charge des impayés, y compris pour la part acheminement revenant à ERDF.

Constatant une augmentation importante des impayés de ses clients, l'un des fournisseurs d'électricité, Direct Energie, a contesté devant le comité de règlement des différends et des sanctions le droit pour ERDF de lui faire supporter la part des impayés correspondant à l'acheminement. Direct Énergie a également contesté d'autres clauses du contrat GRD-F.

S'appuyant sur la décision citée ci-dessus, et aux termes d'une décision rendue le 22 octobre 2010, le comité de règlement des différends et des sanctions a estimé que les fournisseurs, lorsqu'ils réalisent des tâches ou supportent des coûts pour le compte du gestionnaire de réseau dans le cadre du contrat unique, doivent être placés dans une situation équivalente à celle du gestionnaire de réseau lorsque ce dernier est directement lié au consommateur par un contrat CARD.

Ce principe étant posé, le comité de règlement des différends et des sanctions, sans accepter toutes les demandes de la société Direct Énergie, a décidé qu'aucune disposition de la législation en vigueur n'autorisait ERDF à faire supporter par le fournisseur la charge d'un risque d'impayés pour la part revenant au distributeur.

Le comité de règlement des différends et des sanctions a ainsi conclu que, pour reverser au gestionnaire de réseau les sommes dues au titre de l'utilisation du réseau, le fournisseur devait les avoir préalablement récupérées auprès

du client final, sauf dans le cas où il ne se serait pas comporté en créancier diligent. Il a invité ERDF à modifier le contrat GRD-F en ce sens.

Sur la décision du comité de règlement des différends et des sanctions en date du 19 septembre 2014

Dans sa décision rendue le 19 septembre 2014, le comité a dégagé plusieurs principes.

S'agissant du reversement au gestionnaire de réseau des sommes perçues au titre de l'utilisation du réseau par le fournisseur, ce dernier doit les avoir préalablement recouvrées auprès du client final dès lors que la mission d'acheminement dévolue au gestionnaire de réseaux de distribution est réalisée pour le compte du client final. Le comité a précisé qu'il ne pouvait en être autrement que « *dans les cas où le fournisseur n'a pas effectué toutes les diligences requises pour recouvrer les sommes concernées, en particulier celles prévues par le décret n° 2008-780 du 13 août 2008 relatif à la procédure applicable en cas d'impayés des factures d'électricité, de gaz, de chaleur et d'eau.* »

S'agissant des stipulations du contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel tendant à ce qu'elles rendent le fournisseur redevable en son nom et pour son compte du paiement du tarif d'Accès des Tiers aux Réseaux de Distribution (ATRD) et de toute autre somme non couverte par le tarif, le comité a rappelé que « *le contrat [unique] n'a pas pour objet et ne pourrait avoir pour effet de modifier les responsabilités respectives du gestionnaires de réseaux, du fournisseur et du client final, telles qu'elles découlent de la loi et des textes pris pour son application.* »

Le comité a ajouté que la mission d'acheminement dévolue au gestionnaire de réseaux de distribution s'effectue pour le compte du client final et non pour le compte de son fournisseur.

Par conséquent, le comité de règlement des différends et des sanctions a conclu que « *le gestionnaire du réseau public de distribution ne peut imposer aux fournisseurs des stipulations dans le contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel visant à le rendre redevable en son nom et pour son compte, du paiement du tarif ATRD et de toute autre somme non couverte par ce tarif.* »

S'agissant de la détermination des conditions financières des conventions de représentation conclues entre le GRD et le fournisseur de gaz naturel, le comité a indiqué qu'il ne lui appartenait pas, d'une part, de qualifier parmi les différents modes de représentation juridique, la relation contractuelle de représentation entre gestionnaire de réseaux et clients finals et, d'autre part, de fixer la rémunération afférente.

Enfin, s'agissant du caractère rétroactif de la mise en conformité du contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel, il a été décidé que le litige peut indifféremment porter sur une période antérieure ou postérieure à sa formation. Dès lors, il appartient à la société GRDF de proposer un avenant au contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel remettant la situation contractuelle dans l'état où elle aurait dû être si le contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel avait été *ab initio*, exception faite des impayés du fournisseur pour lesquels ce dernier ne justifie pas que les créances correspondantes ont été qualifiées d'irrecouvrables par un commissaire aux comptes et qu'il a effectué toutes les diligences requises pour recouvrer les sommes concernées, en particulier celles prévues par le décret n° 2008-780 du 13 août 2008.

Par conséquent, le comité de règlement des différends et des sanctions a décidé que :

- « *La société GRDF devra transmettre à la société Poweo Direct Energie un nouveau contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel dans un délai de six mois à compter de la notification de la présente décision conforme aux principes rappelés dans la présente décision.*
- *La société GRDF communiquera au comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, dans le même délai que celui prescrit à l'article 1^{er}, le nouveau contrat.*
- *Le surplus des demandes de la société Poweo Direct Energie est rejeté.* »

Le comité a également indiqué qu'« *à défaut de parvenir à un accord sanctionné par la signature du nouveau contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel, les parties pourront saisir à nouveau le comité de règlement des différends et des sanctions pour apprécier la conformité du nouveau projet de contrat aux principes de la présente décision.* »

Le 1^{er} décembre 2014, la décision a été notifiée à la société GRDF et à la société Poweo Direct Energie.

Sur l'exécution de la décision du comité de règlement des différends et des sanctions en date du 19 septembre 2014 par la société GRDF

Par courrier en date 23 décembre 2014, la société GRDF a souhaité organiser en présence des services de la Commission de régulation de l'énergie une concertation en vue de parvenir à un nouveau schéma contractuel non discriminatoire, conforme aux principes dégagés dans la décision du comité du 19 septembre 2014.

Six séances de concertation du sous-groupe de travail « *ad hoc* CAD » ont ainsi eu lieu. Il ressort des supports de présentation de la société GRDF réalisés par cette dernière dans le cadre de ces séances ainsi que des comptes rendus de séances, communiqués par la société GRDF en réponse à une mesure d'instruction diligentée par le membre désigné, que :

- Lors de la première séance, organisée le 10 mars 2015, la société GRDF a d'abord précisé, à titre liminaire, que « *la mise en œuvre de la décision du CoRDIS du 19 septembre 2014 [...] exige qu'elle adresse à Direct Énergie [...] et au CoRDIS un nouveau contrat d'acheminement conforme aux principes exposés dans la décision précitée au plus tard le 31 mai 2015.* » Elle a ensuite ajouté que « *ce contrat sera ensuite porté à la connaissance de chacun des fournisseurs de gaz [...]* ». La société GRDF a également indiqué que compte tenu du principe de non-discrimination, elle a souhaité organiser une concertation avec l'ensemble des fournisseurs pour partager sur les éléments essentiels de la décision mais que pour autant, elle « *n'avait pas l'intention de se livrer à la rédaction en séance du nouveau contrat d'acheminement* » et qu'elle entendait « *regarder les implications juridiques de la décision et écouter les fournisseurs thème par thème* » pour ensuite modifier le contrat et exposer le dispositif contractuel aux fournisseurs.

Au cours de cette même séance, la société GRDF a également présenté les différents moyens et considérants de la décision du comité de règlement des différends et des sanctions du 19 septembre 2014. La société GRDF a également présenté le calendrier et le programme de concertation des séances à venir. À l'issue de chacune des séances, la société GRDF a adressé un compte-rendu qui a fait l'objet d'une relecture et d'annotations par les participants.

- Lors de la deuxième séance, organisée le 17 mars 2015, la société GRDF a présenté la manière dont elle envisageait de traiter les rôles et responsabilités du gestionnaire et du fournisseur dans le cadre du nouvel avenant, en distinguant les prestations assurées pour l'intérêt commun, son intérêt propre et pour l'intérêt de l'autre partie. Ainsi, elle a considéré qu'il lui revenait d'assurer les prestations suivantes :
 - dans l'intérêt commun : la mise à disposition du numéro PCE [point de comptage et d'estimation], en associant les caractéristiques de la livraison quitte à recréer un PCE si la demande ne comporte pas la fréquence de relève prévue lors de la création du PCE. Le gestionnaire doit également publier l'index de mise en service ;
 - dans son intérêt propre : organisation des rendez-vous et mise à disposition du gaz, publication des frais de mise en service, télé-relève ;
 - dans l'intérêt du fournisseur : fourniture du numéro de PCE, création du PDLA, publication des données qui permettront au gestionnaire de réseau de transport de facturer au fournisseur l'acheminement transport et d'ouvrir le CED [compte d'écart distribution].

La société GRDF a indiqué que le fournisseur devrait quant à lui réaliser les prestations suivantes ;

- dans l'intérêt commun : l'accueil du client, la mise à disposition des conditions générales de vente et le recueil des besoins des clients ;
- dans son propre intérêt : l'adresse de l'index ;
- dans l'intérêt du gestionnaire : la conclusion des conditions relatives à l'acheminement.

La société Direct Énergie a précisé qu'il serait plus opportun de s'interroger sur le point de savoir qui est redevable de la prestation d'acheminement. Ainsi, elle a indiqué que la présentation de la société GRDF est hors sujet au regard de l'objet de la concertation qui est censée traiter la prestation d'acheminement et non des activités du fournisseur. À ce titre, elle a indiqué qu'il revient de s'interroger uniquement sur l'étendue de la responsabilité du gestionnaire de réseau au bénéfice du fournisseur et du client final dès lors que la décision du comité en date du 19 septembre 2014 ne traite que du CAD et non des prestations réalisées par le fournisseur.

- Le 31 mars 2015 a eu lieu la troisième séance de concertation du groupe de travail « *ad hoc* CAD ». Au cours de cette séance, la société GRDF a précisé qu'elle souhaitait modifier l'objet du CAD dès lors que le contrat d'acheminement ne stipule plus une prestation d'acheminement au profit du fournisseur. Dès lors, le CAD « *concernera les relations contractuelles entre le GRD et les Fournisseurs liées à l'acheminement pour le client final et des prestations connexes* » lesquelles sont définies comme « *les actes opérationnels nécessaires du Fournisseur pour que la prestation d'acheminement au profit du client puisse être*

effectuée par le GRD ». La société GRDF a précisé dans sa présentation que le futur projet d'avenant contiendrait les stipulations suivantes :

- un rappel des engagements relatifs à la prestation d'acheminement du gestionnaire au profit du client final ;
- les prestations du fournisseur pour que le gestionnaire soit en mesure d'assurer sa prestation d'acheminement au profit du client final ;
- les prestations liées à l'acheminement effectuées par le gestionnaire au profit du fournisseur ;
- la responsabilité contractuelle du fournisseur envers le gestionnaire de réseau ;
- la responsabilité contractuelle du gestionnaire envers le fournisseur ;
- le partage de responsabilité civile délictuelle tel que prévu actuellement aux articles 20.1 et 20.2 du CAD actuel.

La société GRDF a également précisé que le futur contrat entre le fournisseur et le gestionnaire de réseau contiendrait des prestations effectuées par le fournisseur pour le gestionnaire de réseau afin de permettre l'exécution de la prestation d'acheminement du gestionnaire au profit du client et celles effectuées par le gestionnaire pour le fournisseur.

- Lors de la quatrième séance, organisée le 9 avril 2015, la société GRDF a abordé le traitement des créances irrécouvrables en précisant qu'elle traiterait le « stock » passé, c'est-à-dire les créances déclarées irrécouvrables par un commissaire aux comptes antérieurement à la conclusion du futur avenant. Ainsi, la date du 31 mai 2015, échéance théorique de la conclusion du nouveau contrat, sépare le « passé » de « l'avenir ».

La société GRDF a proposé d'appliquer une prescription commerciale de cinq ans dont le point de départ serait l'instant où le fournisseur a eu connaissance de son droit à remboursement. Partant de ce point de départ, la société GRDF a indiqué qu'il convenait de retenir la date de la publication de la décision du comité du 19 septembre 2014, soit le 1^{er} décembre 2014, puisqu'il s'agit de la date à laquelle les fournisseurs ont eu connaissance de leur droit. Dès lors, selon la société GRDF, les fournisseurs seraient en droit de demander le remboursement du stock des créances déclarées irrécouvrables entre le 1^{er} décembre 2009 et le 1^{er} décembre 2014.

Sur ce point, la société Direct Energie a indiqué que les créances la concernant doivent remonter à juillet 2008 compte tenu de sa saisine du comité en juillet 2013.

Enfin, la société GRDF a identifié une « période transitoire » qui correspond à la période allant du 1^{er} décembre 2014 à la conclusion du nouveau contrat. Elle a indiqué vouloir traiter les créances nées et déclarées irrécouvrables au cours de cette période selon la même méthode applicable qu'au cours de la période allant du 1^{er} décembre 2009 au 1^{er} décembre 2014.

Sur ce point, la société Direct Energie a fait valoir que la société GRDF ne doit pas traiter lesdites créances comme un « stock » mais comme un « flux » car la décision du comité est d'application immédiate. Enfin, la société Direct Energie a indiqué que les modalités de justification ne doivent pas empêcher le fournisseur d'obtenir effectivement le remboursement et la décision du comité de produire un effet.

- Lors de la cinquième séance, organisée le 15 avril 2015, la société GRDF a présenté les justificatifs qu'elle souhaite demander à chaque fournisseur pour obtenir le remboursement de la part acheminement des créances irrécouvrables :
 - la date de déclaration du passage en irrécouvrable ;
 - le montant de la créance passée en irrécouvrable ;
 - l'extrait du relevé du compte client, détaillé pour chaque facture à l'origine de la créance irrécouvrable, jusqu'à la résiliation du contrat, qui indique :
 - la date de recouvrement prévue ;
 - le montant exigé ;
 - le montant recouvré.
 - la date de la facture de régularisation sur index réel précédant le premier incident de paiement à l'origine de la créance irrécouvrable.

La société Direct Energie a indiqué que ces modalités empêchent l'application effective de la décision du 19 septembre 2014 du comité. Elle ajoute que les systèmes d'irrécouvrabilité reposent en principe sur des

systèmes déclaratifs ce qui n'est pas le cas en l'espèce de celui proposé par la société GRDF qui impose des exigences bien plus importantes et qui sont de nature à faire reposer sur le fournisseur la charge du risque de la prestation d'acheminement. Enfin, s'agissant du traitement du « flux », la société Direct Energie a indiqué qu'il faudrait dupliquer dans son intégralité le mécanisme existant dans le secteur de l'énergie, soit la transmission d'une attestation d'un commissaire aux comptes, sans la copie des échanges du fournisseur avec le client mais avec une possibilité de contrôle *a posteriori* par le gestionnaire de réseaux.

S'agissant des diligences attendues de la part du fournisseur pour déterminer si une créance entre ou non dans l'assiette des remboursements par la société GRDF, elle a proposé l'encadrement de ces diligences par un délai maximum de douze mois entre le premier incident et la date de déclaration en irrécouvrable. Sur ce point, la société Direct Energie a rappelé que la décision du 19 septembre 2014 du comité énonce le critère de l'irrécouvrabilité et celui des diligences pour le « stock » et non pour le « flux ». En outre, elle a fait valoir que l'application d'un délai maximum de douze mois empêcherait l'application effective de la décision du comité et aurait également pour effet de remettre en cause l'application de la prescription telle que présentée par la société GRDF lors de la séance du 9 avril 2015.

- Lors de la sixième séance de concertation, organisée le 5 mai 2015, la société GRDF a présenté les principes discutés lors des précédentes séances et qu'elle a souhaité retenir. La société GRDF n'a opéré aucune modification de ses propositions effectuées au cours des cinq séances précédentes de concertation à l'exception de la suppression de sa proposition d'un encadrement des diligences par un délai maximal de douze mois.

Le 15 mai 2015, la société GRDF a transmis à la Commission de régulation de l'énergie l'ensemble des éléments de sa demande tarifaire dans le cadre de l'élaboration du tarif « ATRD5 » qui lui est applicable et qui succède au tarif « ATRD4 », entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012 pour une durée d'environ quatre ans. En particulier, la société GRDF a demandé la couverture par le tarif « ATRD5 » des sommes qui pourraient être dues aux fournisseurs en application de la décision du comité du 19 septembre 2014. Elle a estimé le montant annuel d'impayés à compter de l'année 2016 à 0,9 % de son revenu autorisé soit environ 29 millions d'euros par an. En outre, la société GRDF a évalué à environ 160 millions d'euros le montant total des impayés sur la part acheminement au titre de l'application de la décision du comité sur la période antérieure au 31 décembre 2015, dont environ 104 millions d'euros concernent les clients qui se fournissaient aux tarifs réglementés de vente (TRV) au moment de l'impayé. La société GRDF a également demandé la couverture de ces coûts par la création d'un poste pris en compte *via* le compte de régularisation des charges et des produits et n'a pas intégré dans ses trajectoires prévisionnelles de charges d'exploitation les coûts correspondants.

Le 29 mai 2015, la société GRDF a adressé à la société Poweo Direct Energie et au comité de règlement des différends et des sanctions « *trois avenants aux contrats d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel conclus par Direct Energie* ». Dans son courrier, la société GRDF précise que ces derniers entreront en vigueur au 1^{er} juin 2015, après leur signature par la société Poweo Direct Energie.

Le 10 juillet 2015, la société Direct Energie a indiqué au Président du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie qu'elle considérait que la société GRDF n'avait pas respecté l'injonction du comité.

Le 17 juillet 2015, Madame Monique Liebert Champagne, présidente, et Roland Peylet, membre du comité, en présence des services de la Commission de régulation de l'énergie, ont auditionné les sociétés Direct Energie, Eni Gas & Power et GRDF.

Le 20 octobre 2015, la société GRDF a transmis un nouveau projet d'avenant au comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie.

Le 23 octobre 2015, le Président du comité de règlement des différends et des sanctions a invité les sociétés GRDF et Direct Energie à transmettre leurs observations sur le nouveau projet d'avenant du 20 octobre 2015.

Le 5 novembre 2015, la société GRDF a transmis au Président du comité de règlement des différends et des sanctions une note explicative du deuxième projet d'avenant en date du 20 octobre 2015.

Le même jour, la société Direct Energie a également transmis ses observations qui décrivent son désaccord sur la rédaction du projet d'avenant du 20 octobre 2015 proposé par la société GRDF.

Le 17 novembre 2015, la société Direct Energie a saisi le comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie d'une demande de sanction à l'encontre de la société GRDF. En particulier, la société Direct Energie demande au comité, d'une part, « *de bien vouloir tirer les conséquences du comportement de GRDF depuis le 1^{er} juin 2015 et ainsi constater le non-respect par GRDF de sa décision du 19 septembre 2014* » et, d'autre part, de constater le caractère grave et délibéré du non-respect de la décision du 19 septembre 2014 que révèlent tant l'avenant que la note explicative transmis le 20 octobre 2015.

Le 14 janvier 2016, la société GRDF a signé un nouveau contrat d'acheminement avec un autre fournisseur que la société Direct Energie.

Le 20 janvier 2016, le comité de règlement des différends et des sanctions a rendu une décision relative à l'exécution de la décision du 19 septembre 2014 statuant sur la demande de règlement de différend enregistrée sous le numéro 11-38-13. Aux termes de cette décision, le comité a décidé que :

« Article 1^{er}. Le contrat signé entre la société GRDF et un autre fournisseur, enregistré le 15 janvier 2016, est écarté des débats.

Article 2. Il est constaté que la décision du comité de règlement des différends et des sanctions en date du 19 septembre 2014 n'est pas exécutée.

Article 3. La société GRDF devra transmettre à la société Direct Energie un nouveau contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel, dans un délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision, conforme aux principes rappelés dans la décision du 19 septembre 2014 et dans la présente décision.

Article 4. La société GRDF communiquera au comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, dans le même délai que celui prescrit à l'article 3, le nouveau contrat.

Article 5. La présente décision sera notifiée aux sociétés Direct Energie et GRDF. Elle sera publiée au Journal officiel de la République française. »

Le 18 février 2016, la Commission de régulation de l'énergie a rendu une délibération portant projet de décision sur le tarif péréqué d'utilisation des réseaux publics de distribution de gaz naturel de la société GRDF. Elle a décidé d'intégrer les conséquences financières de la décision du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie du 19 septembre 2014, en application de laquelle la société GRDF doit supporter les coûts de la part acheminement des factures impayées des consommateurs. En particulier, la Commission de régulation a décidé d'intégrer dans les charges à couvrir par le tarif ATRD5 les charges relatives aux impayés sur la part acheminement pour les consommateurs bénéficiant d'offres de marché antérieurement au 31 décembre 2015, tous fournisseurs confondus. Le montant correspondant est estimé par GRDF à environ 56 millions d'euros. Ce montant sera couvert sur quatre ans, avec des annuités constantes. En revanche, la Commission de régulation de l'énergie a décidé ne pas prendre en compte dans le tarif ATRD5 les montants au titre des impayés sur la part acheminement de consommateurs bénéficiant d'un TRV antérieurement au 31 décembre 2015.

Le 10 mars 2016, la Commission de régulation de l'énergie a rendu une délibération portant décision sur le tarif péréqué d'utilisation des réseaux publics de distribution de gaz naturel de la société GRDF, qui reprend les dispositions de sa délibération du 18 février 2016 susmentionnée sur les conséquences financières de la décision du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie du 19 septembre 2014, en application de laquelle la société GRDF doit supporter les coûts de la part acheminement des factures impayées des consommateurs.

Le 23 mars 2016, la société GRDF a transmis un troisième projet d'avenant au comité. La société GRDF a indiqué s'être mise d'accord avec la société Direct Energie sur le projet d'avenant. Dès lors, elle a demandé au comité de bien vouloir constater que ledit projet d'avenant est conforme aux principes énoncés dans les décisions du 19 septembre 2014 et du 20 janvier 2016.

Le 18 mai 2016, le comité de règlement des différends et des sanctions a rendu une décision relative à l'exécution des décisions du 19 septembre 2014 et du 20 janvier 2016 statuant sur la demande de règlement de différend enregistrée sous le numéro 11-38-13. Le comité a ainsi décidé que :

« Article 1^{er}. - Il est constaté que le projet d'avenant transmis le 23 mars 2016 par la société GRDF satisfait aux principes rappelés dans les décisions du comité de règlement des différends et des sanctions du 19 septembre 2014 et du 20 janvier 2016, et que ces décisions sont exécutées, sous réserve de l'application effective de la nouvelle rédaction du contrat.

Article 2. - La présente décision sera notifiée aux sociétés Direct Energie et GRDF. Elle sera publiée au Journal Officiel de la République française. »

4.3. Grievs retenus par le membre désigné

Le membre désigné du comité de règlement des différends et des sanctions a fait grief à la société GRDF de ne pas avoir communiqué à la société Direct Energie un nouveau contrat d'acheminement conforme aux principes dégagés dans la décision du 19 septembre 2014 en ce que :

- Le premier projet d'avenant transmis le 29 mai 2015 prévoyait :

1. À l'article 4, de modifier substantiellement l'objet du contrat d'acheminement en introduisant la notion de « Prestations connexes à la prestation d'acheminement » qui n'était ni demandée par le comité de règlement des différends et des sanctions ni requise pour l'exécution de sa décision du 19 septembre 2014.
 2. À l'article 15.6 (ii), de mettre en œuvre une procédure de remboursement du flux des impayés qui impose au fournisseur de traiter les créances, « facture par facture », et pour chaque point de livraison ce qui conduirait à transférer le risque financier lié au non-paiement dû au titre de l'utilisation des réseaux publics sur le fournisseur.
 3. À l'article 1^{er} de l'annexe J, de subordonner la qualification de « créances irrécouvrables » à la délivrance d'un certificat d'irrécouvrabilité, ce qui revient à mettre en œuvre une procédure de traitement des créances, facture par facture et pour chaque point de livraison. Une telle proposition conduirait à transférer le risque financier lié au non-paiement dû au titre de l'utilisation des réseaux publics sur le fournisseur.
 4. À l'article 1^{er} de l'annexe J, que le stock de créances acheminement irrécouvrable continue de se constituer jusqu'à la date de conclusion de l'avenant et sous réserve de la prescription de droit commun sans prévoir les cas de suspension et d'interruption du délai de prescription ce qui est de nature à faire peser sur le fournisseur la charge d'une partie du stock des impayés.
 5. Aux articles 3 et 4 de l'annexe J de subordonner le remboursement du stock de créances à la signature d'un « Protocole » ce qui est de nature à suspendre unilatéralement le remboursement des sommes dues au fournisseur et ainsi à transférer sur ce dernier le risque financier lié au non-paiement des sommes dues au titre de l'utilisation des réseaux publics de distribution.
- Le deuxième projet d'avenant transmis le 20 octobre 2015, soit avec un retard de 141 jours, prévoyait :
 1. La production d'une attestation remise par un tiers indépendant afin d'assurer que les créances acheminement irrécouvrables, pour le « flux d'impayés », correspondent exactement aux sommes dues au titre de l'utilisation du réseau de distribution par point de livraison ce qui conduirait à imposer au fournisseur de produire à ses frais et risque une information que celui-ci ne détient pas. Dès lors, le risque financier lié au non-paiement des sommes dues est transféré au fournisseur.
 2. La production d'une attestation établie par un commissaire aux comptes pour la qualification de créances irrécouvrables comprises dans le « stock » ce qui conduit à ce que les « créances acheminement irrécouvrables » correspondent exactement aux sommes dues au titre de l'utilisation du réseau public de distribution par chaque client final. Dès lors, si le gestionnaire de réseaux estime que de telles informations sont nécessaires, il lui appartient de les produire car il ne saurait être imposé au fournisseur, de les reconstituer, *a fortiori*, à ses frais et risques.
 3. À l'article 15.6, la possibilité de suspendre le remboursement des sommes avancées par le fournisseur en cas d'absence de la transmission dans les délais de l'« Attestation » émise par un tiers indépendant ce qui est de nature à permettre le transfert du risque qui s'attache à l'exercice de la mission de service public du gestionnaire de réseaux sur le seul fournisseur et de le placer dans une situation différente de celle qui aurait été la sienne s'il n'avait pas eu à consentir l'avance des sommes facturées mensuellement par le gestionnaire de réseaux.
 4. À l'article 15.6 (vii), de réserver la possibilité à la société GRDF de faire réaliser un audit du « flux » des impayés par un tiers indépendant dont la méthodologie de sélection des points de livraison est fournie unilatéralement par la société GRDF au tiers expert indépendant.
 5. Au point 1 de l'annexe J, la prise en charge par la société GRDF du stock de créances déclarées irrécouvrables entre le 19 septembre 2009 et le 19 septembre 2014 et, en raison de la saisine du comité qui a suspendu le cours de la prescription, entre le 22 juillet 2008 et le 18 septembre 2014 pour la société Direct Energie. Le stock de créances dues à la société Direct Energie ne saurait être arrêté à la date du 18 septembre 2014 dès lors qu'il continue de se constituer jusqu'à la date de la signature de l'avenant remettant la situation contractuelle dans l'état où elle aurait dû être si le CAD avait été *ab initio* conforme à la réglementation en vigueur.

6. Au point 1 de l'annexe J, la fourniture de « Pièce Justificative » qui nécessite un suivi comptable important et, *in fine*, des frais financiers élevés ce qui revient à imposer au fournisseur de procéder à ses frais et risques au calcul rétroactif du montant des créances irrécouvrables sans transférer le risque financier lié au non-paiement des sommes dues sur le fournisseur.
7. Au point 1 de l'annexe J, la réalisation d'un audit par un tiers expert indépendant choisi conjointement par les parties pour le traitement du « stock » de créances dont les modalités permettaient à la société GRDF de fournir unilatéralement au tiers expert indépendant la « *methodologie de sélection des Points de livraison* » alors même que les modalités de l'audit et ses conséquences doivent relever de l'accord des parties.
8. Au point 3 de l'annexe J, de subordonner le remboursement du « stock » de créances à la signature d'un « Protocole » devant notamment définir le montant desdites créances ce qui aboutirait à suspendre unilatéralement le remboursement des sommes dues au fournisseur, et ainsi à transférer sur ce dernier le risque financier lié au non-paiement des sommes dues au titre de l'utilisation des réseaux publics de distribution.

En outre, si la société GRDF a finalement transmis le 23 mars 2016 un projet d'avenant pour lequel, dans sa décision du 18 mai 2016, le comité de règlement des différends et des sanctions a décidé qu'il était conforme aux principes dégagés dans la décision du 19 septembre 2014, elle s'est toutefois exécutée à l'issue d'un retard de 296 jours ce qui est susceptible de constituer un manquement d'une particulière gravité.

*

Par des courriers en date du 23 mai 2019 adressés aux sociétés Direct Energie et GRDF, M. Fabrice DAMBRINE, membre désigné remplaçant Madame Marie-Laure DENIS, a confirmé à ces sociétés les termes de la notification des griefs adressée par Madame Marie-Laure DENIS le 15 mai 2018 à la société GRDF.

*

* *

5. Observations en réponse à la notification des griefs

Vu la réponse de la société GRDF à la notification des griefs, enregistrée le 13 juillet 2018.

La société GRDF soutient tout d'abord que la procédure est entachée de nombreuses et graves irrégularités procédurales, tant au regard de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) que du règlement intérieur du comité, qui affectent irrémédiablement ses droits de la défense.

En premier lieu, elle considère qu'en l'informant de l'existence de la procédure de sanction deux ans après la demande de sanction de Direct Energie et de la nomination de deux de ses membres pour instruire la demande, le comité a irrémédiablement compromis ses droits de la défense. En ce sens, la société GRDF indique qu'en l'absence de ces informations, la société GRDF s'est, le 2 novembre 2016, désistée de son recours devant la cour d'appel de Paris contre la décision de suivi d'exécution du 20 janvier 2016 et n'a pas jugé utile d'introduire un recours contre la décision du 18 mai 2016 qui constatait que la décision du 19 septembre 2014 n'avait été exécutée que le 23 mars 2016. Elle estime ainsi ne pas avoir consenti en toute connaissance de cause à renoncer à la possibilité de contester le manquement aujourd'hui reproché.

La société GRDF considère qu'elle aurait dû être informée par le comité dès l'origine de la demande de sanction introduite contre elle par Direct Energie le 17 novembre 2015, et à tout le moins de la décision du 20 mai 2016 désignant Monsieur Denis Rapone pour instruire la demande.

La société GRDF précise que le comité devra considérer que la société GRDF n'a jamais acquiescé aux décisions du comité des 20 janvier et 18 mai 2016, et qu'il devra alors admettre l'ensemble de ses développements établissant l'absence de faute commise, et ce, d'autant plus que la société GRDF n'a jamais été entendue par le membre désigné, ni interrogée par écrit comme prévu à l'article R.134-30 du code de l'énergie et n'a ainsi pas pu faire valoir ses arguments quant à sa bonne exécution des injonctions de la décision du 19 septembre 2014.

En deuxième lieu, la société GRDF soutient que la notification des griefs viole l'article 14 du règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie dans la mesure où elle ne contient aucune indication sur la sanction que le membre désigné entend proposer au comité.

La société GRDF estime qu'elle est ainsi dans l'impossibilité d'estimer, ne serait-ce que très approximativement, la sanction qui pourrait lui être infligée, alors qu'il ressort de la jurisprudence européenne que des conditions de transparence et de prévisibilité des sanctions sont nécessaires pour l'exercice des droits de la défense visés à l'article 6 de la CESDH et garantir la sécurité juridique des personnes mises en cause.

La société GRDF fait référence à la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence, dont le communiqué de procédure en matière de détermination des sanctions contient des informations précises sur la méthode suivie en pratique par le Collège pour déterminer le montant de la sanction et permet aux entreprises mises en cause d'apprécier leur risque pécuniaire.

Enfin, la société GRDF affirme que la notification des griefs est rédigée de telle manière qu'elle n'est pas en mesure d'apprécier si certains éléments identifiés par le membre désigné sont des circonstances atténuantes ou aggravantes.

En troisième lieu, la société GRDF estime que le principe d'impartialité qui découle de l'article 6 de la CESDH a été méconnu dans la présente procédure.

D'une part, la société GRDF soutient qu'elle peut nourrir un doute légitime sur l'impartialité du membre désigné, Madame Marie-Laure DENIS, dans le cadre de la présente procédure de sanction, dans la mesure où ce membre a également siégé dans le cadre du règlement de différend n° 11-38-13 opposant GRDF à Direct Energie et ENI Gas & Power qui a donné lieu à l'adoption de la décision du 18 juin 2018, constatant la non-exécution par GRDF des injonctions de la cour d'appel de Paris du 2 août 2016. Or, selon la société GRDF, ces deux procédures constituent en réalité une seule et même affaire, dans la mesure où elles ont la même origine et les mêmes parties : la saisine de règlement de différend par Direct Energie contre GRDF enregistrée le 22 juillet 2013 sous le numéro 11-38-13. Les deux procédures viseraient ainsi à apprécier la même pratique : l'exécution ou la non-exécution par GRDF d'une injonction.

La société GRDF affirme que le membre désigné exerce, dans une même affaire, à la fois (i) des fonctions d'instruction s'agissant de la demande de sanction et (ii) des fonctions de jugement s'agissant de la décision du 18 juin 2018.

En outre, la société GRDF considère que plusieurs éléments sont de nature à démontrer la partialité de l'instruction, laquelle n'a été menée qu'à charge. Tout d'abord, la société GRDF indique qu'elle n'a pas été entendue par le membre désigné avant l'envoi de la notification des griefs, l'empêchant de faire valoir sa position. Ensuite, il n'est jamais précisé dans la notification des griefs, ni qu'elle a déjà exécuté la décision du 19 septembre 2014, ni le désintérêt total des fournisseurs à voir les impayés pris en charge par GRDF. À cet égard, la société GRDF indique que seuls quinze fournisseurs sur une cinquantaine ont demandé à ce que GRDF prenne en charge les impayés. En outre, le membre désigné n'indique pas que l'avenant du 29 mai 2015 avait été signé par vingt-cinq fournisseurs. Enfin, le membre désigné reprend à son compte un des principaux arguments de la société Direct Energie selon lequel la société GRDF aurait refusé de transposer une solution acquise dans le secteur de l'électricité, alors que les solutions ne sont pas nécessairement transposables.

D'autre part, la société GRDF estime qu'elle peut avoir des doutes raisonnables sur l'absence d'impartialité de deux membres du comité qui seront amenés à statuer sur la demande de sanction. Elle indique que Monsieur Grellier et Madame Chaubon se sont également prononcés sur le règlement de différend n° 11-38-13 s'agissant de l'exécution de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 juin 2016 ayant conduit à l'adoption de la décision du 18 juin 2018. Ces deux membres ne présenteraient alors pas les garanties d'impartialité dans la mesure où ils se sont prononcés sur une affaire qui présente des liens de connexité évidents avec la procédure de sanction.

La société GRDF estime alors que seul le Président du comité présente les garanties d'impartialité, mais qu'il ne peut siéger seul en vertu de l'article 17, III du règlement intérieur du comité.

La société GRDF soutient ensuite que le manquement qui lui est reproché n'appelle pas de sanction dans la mesure où (i) celui-ci ne lui est pas imputable, (ii) n'a causé aucun dommage aux fournisseurs, (iii) n'a pas avantagé GRDF ni désavantagé les fournisseurs, et (iv) n'a pas causé de dommage aux clients finals.

En premier lieu, la société GRDF indique qu'afin d'exécuter la décision du comité qui modifiait de manière rétroactive le schéma contractuel prévu dans le CAD, elle a mis en place une concertation avec l'ensemble des

fournisseurs, sous l'égide et le contrôle de la Commission de régulation de l'énergie. À cet égard, la société GRDF soutient que l'exécution de la décision supposait un processus itératif, nécessairement long. Elle affirme s'être heurtée à l'absence d'intérêt de la quasi-totalité des fournisseurs et au refus de principe de Direct Energie quant aux modalités d'exécution proposées.

La société GRDF soutient qu'elle a présenté des solutions qui lui permettait de s'assurer du caractère véritablement irrécouvrable des créances des fournisseurs, afin qu'elle ne procède pas à des remboursements indus, dans un souci de protection des clients finals qui ne sauraient supporter une hausse injustifiée de l'ATRD, tout en ne laissant pas à la charge des fournisseurs les impayés.

A cet égard, la société GRDF rappelle qu'aux termes de l'article L.452-1-1 du code de l'énergie, ses coûts ne sont couverts dans l'ATRD que dans la mesure où ils correspondent à ceux d'un « *gestionnaire de réseau efficace* ». Elle doit donc ne rembourser les fournisseurs que des créances irrécouvrables, certaines et définitives.

La société GRDF indique que les commissaires aux comptes ne vérifiant pas le caractère irrécouvrable des créances, elle a souhaité que les fournisseurs justifient que les sommes demandées correspondaient bien à des impayés liés à la part acheminement de la facture, ce qui nécessitait facture par facture ou point de livraison par point de livraison de déterminer la part acheminement. Une telle information était, selon la société GRDF, mise à la disposition des fournisseurs de sa part de manière mensuelle.

La société GRDF souligne que le comité a, dans sa décision du 23 mars 2016, déclaré conforme la méthode prévue dans le troisième projet d'avenant pour déterminer la part acheminement du stock créance, permettant de s'assurer de ce que « *le montant de la part acheminement des créances clients irrécouvrables correspond au montant des sommes dues au titre de l'utilisation du réseau de distribution et des prestations fournies par le gestionnaire de réseaux* ». Or, cette hypothèse est rédigée dans des termes strictement identiques à la clause du deuxième projet d'avenant déclarée non conforme dans la décision du 20 janvier 2016.

S'agissant des modalités de l'audit réalisé par un tiers indépendant prévu dans le deuxième projet d'avenant, la société GRDF estime que la détermination unilatérale de la méthodologie de sélection des points de livraison ne laisse pas à la charge des fournisseurs les impayés liés à l'acheminement du gaz. En outre, elle n'avait d'autre choix, dans la mesure où la société Direct Energie s'est opposée à un accord sur la définition de ces conditions.

La société GRDF affirme également que les injonctions contenues dans la décision du comité n'étaient ni claires, ni précises, puisqu'elles ne donnaient aucune indication quant aux modalités d'exécution des principes généraux arrêtés. Elle considère ainsi qu'aucune des conditions posées par la jurisprudence de la cour d'appel de Paris et la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence et du comité s'agissant de l'inexécution d'une injonction n'est remplie.

Elle souligne que le comité a fait preuve d'un manque de célérité dans l'examen des différents avenants, expliquant très largement le retard allégué dans l'exécution.

Enfin, la société GRDF souligne que la Commission de régulation de l'énergie était associée au processus de concertation et n'a jamais indiqué à GRDF que les solutions proposées dans les deux premiers projets d'avenant ne répondaient pas aux injonctions du comité.

En second lieu, la société GRDF soutient que la prise en charge des impayés des clients finals de sa part n'est pas un enjeu pour les fournisseurs et n'a pas empêché leur développement, pour preuve qu'ils sont peu nombreux à avoir demandé à ce que les impayés soient pris en charge par le distributeur (quinze sur une cinquantaine) et n'ont pas été diligents pour recouvrer les sommes. Selon la société GRDF, cela démontre qu'un simple retard d'exécution n'a pas causé de dommage aux fournisseurs.

À cet égard, la société GRDF indique qu'au 31 mai 2018, les impayés pris en charge par la société GRDF représentaient un montant total de 106,4 millions d'euros, dont 56,1 millions d'euros au titre du stock de créances et 50,3 millions au titres du flux de créances.

La société GRDF soutient que les impayés n'ont jamais été supportés par les fournisseurs mais par les clients finals. Avant que les impayés ne soient pris en charge par GRDF, les fournisseurs, fixant le montant de leurs offres de marché selon une formule indexée sur les TRV qui tiennent compte du coût lié aux impayés, été couverts des coûts exposés par les clients finals *via* la part fourniture de la facture. Depuis les décisions ordonnant à GRDF de prendre en charge les impayés, ces derniers peuvent continuer à répercuter les coûts liés aux impayés aux clients finals ou demander à être remboursés par GRDF. Au contraire, la prise en charge des impayés peut, selon la société GRDF, constituer un effet d'aubaine pour les fournisseurs.

Enfin, la société GRDF indique que les sommes versées aux fournisseurs le 23 mars 2016 ont été assorties d'intérêts à un taux EURIBOR + 60 points particulièrement avantageux.

En troisième lieu, la société GRDF soutient que la prise en charge des impayés est indolore financièrement pour elle, étant couverte *via* l'ATRD des sommes remboursées aux fournisseurs au titre des impayés.

En dernier lieu, la société GRDF affirme que le retard allégué dans l'exécution de la décision du comité n'a eu aucune conséquence pour les clients finals. À la suite de la décision du comité, l'ATRD5 a pris en compte la charge des impayés et, afin d'éviter une augmentation trop brutale, l'augmentation a été lissée sur quatre ans.

La société GRDF demande, en conséquence, au comité de règlement des différends et des sanctions de :

- à titre principal, dire que la procédure est entachée de nullité compte tenu des graves irrégularités procédurales dont elle est affectée ;
- à titre subsidiaire, ne pas prononcer de sanction pécuniaire à l'encontre de GRDF, compte tenu de l'absence de faute commise par GRDF, de l'absence de gravité du manquement reproché, de l'absence de dommage en résultant tant pour les fournisseurs que les consommateurs, de l'absence d'avantage retiré par GRDF et des très nombreuses circonstances atténuantes dans cette affaire.

*

Vu les observations en réponse de la société Direct Energie à la notification des griefs, enregistrées le 13 juillet 2018.

La société Direct Energie soutient que compte tenu des décisions du comité du 20 janvier 2016 et du 18 mai 2016 entrées en force irrévocable de chose décidée, il n'entre pas dans l'objet de la présente procédure de sanction de débattre à nouveau du point de savoir dans quelle mesure les trois avenants proposés par GRDF étaient ou non conformes aux principes dégagés par le comité dans la décision du 19 septembre 2014.

À cet égard, la société Direct Energie souligne que la décision du 20 janvier 2016 est rendue au visa des projets d'avenant du 29 mai et du 20 octobre 2015. La société GRDF s'étant désistée de son recours contre cette décision, le constat opéré par cette décision est, selon la société Direct Energie, frappé de l'autorité de la chose décidée et ne peut plus être remis en question.

S'agissant de l'avenant du 23 mars 2016, l'exécution tardive de la décision par la société GRDF est indiscutable car constatée par la décision du comité du 18 mai 2016, qui n'a pas fait l'objet d'un recours dans les délais légaux.

La société Direct Energie souligne que la mauvaise exécution et l'exécution tardive d'une décision du comité constituent un manquement devant entraîner une sanction pécuniaire.

La société Direct Energie soutient que le non-respect d'une décision du comité doit être considéré comme revêtant une gravité très importante et que la violation par la société GRDF d'une telle décision est d'autant plus grave qu'elle jouit d'une situation de monopole qui lui impose une responsabilité particulière de ne pas venir perturber le fonctionnement du marché. Cela justifie le prononcé d'une sanction pécuniaire très importante. A cet égard, elle rappelle que la particulière gravité du non-respect d'une injonction fait l'objet d'un consensus puisqu'elle s'applique à toute décision d'une autorité de régulation, notamment à l'Autorité de la concurrence.

En l'espèce, la société Direct Energie considère que l'ensemble des éléments relevés par la notification des griefs témoignent d'un comportement particulièrement grave de la part de la société GRDF, ayant consisté à délibérément retarder au maximum l'exécution de la décision, voire à y faire directement obstacle.

En premier lieu, la société Direct Energie souligne que la société GRDF a pris l'initiative d'organiser une concertation avec tous les fournisseurs de gaz naturel, démontrant sa mauvaise foi et réticence à exécuter la décision. L'organisation de cette concertation, non requise par la décision, constitue, selon la société Direct Energie, une circonstance aggravante.

En second lieu, la société Direct Energie relève que la société GRDF a ajouté de nombreuses conditions à l'exécution de la décision du 19 septembre 2014 dans les deux premiers projets d'avenants, que le comité a considéré comme contraires aux principes dégagés dans la décision du 20 janvier 2016. À cet égard, la société Direct Energie soutient que l'évolution des deux premiers projets d'avenants témoigne d'une « *méconnaissance accrue* » de la décision.

En troisième lieu, la société Direct Energie affirme que la société GRDF n'a choisi d'entamer des discussions pour l'exécution de la décision du 19 septembre 2014 que de manière concomitante à la délibération de la Commission

de régulation de l'énergie du 10 mars 2016 prenant en compte dans l'ATRD les sommes impayées dues aux fournisseurs.

Par ailleurs, la société Direct Energie soutient que, du fait de l'existence des précédents en électricité, la société GRDF ne pouvait ignorer qu'elle ne pouvait continuer d'imposer des conditions contractuelles visant à faire peser les risques et charges de son activité sur les fournisseurs.

Enfin, la société Direct Energie conteste un certain degré de résistance de la société GRDF, l'exécution de la décision du 19 septembre 2014 ayant nécessité deux procédures *sui generis* devant le comité. Selon la société Direct Energie, ce comportement d'obstruction s'inscrit dans une stratégie globale de contestation devant le comité ou la cour d'appel de Paris.

S'agissant du montant de la sanction pouvant être prononcée, la société Direct Energie indique que la société GRDF fait partie d'une entreprise verticalement intégrée (groupe Engie), ce qui devrait la conduire à respecter davantage les décisions contraignantes de l'autorité de régulation. La société Direct Energie soutient que le fait que l'existence d'un tarif régulé couvrant ses coûts (ATRD) ne devrait pas conduire à minorer la sanction prononcée. La sanction devrait amputer le dividende versé à la maison-mère. Enfin, la société Direct Energie indique que la société GRDF perçoit un financement de 45 millions d'euros pour lui permettre d'effectuer la promotion de l'usage de gaz naturel.

En ce qui concerne l'avantage tiré par la société GRDF et le groupe Engie, la société Direct Energie soutient que le déséquilibre contractuel a procuré un avantage à la société GRDF. En premier lieu, l'exécution tardive lui a permis de bénéficier pendant plus d'un an et demi après le prononcé de la décision d'un cadre contractuelle illicite et déséquilibré. En second lieu, le défaut d'exécution lui a conféré une position de force dans le cadre de la négociation de l'avenant au CAD avec les fournisseurs ainsi que la certitude de la prise en charge dans son tarif du stock d'impayés (94 millions d'euros) au moment de leur reversement aux fournisseurs. À cet égard, la société Direct Energie affirme que le niveau des impayés provenant des clients alternatifs aurait pu être moins élevé si la société GRDF en avait eu la charge finale dans la mesure où la circonstance que ceux-ci les supportent a privé la société GRDF de toute incitation pour mettre en place des procédures visant à limiter le niveau des impayés. En troisième lieu, la société Direct Energie soutient que si la société GRDF avait respecté « la loi », le montant des dividendes que la société GRDF a remonté à sa maison-mère aurait été significativement réduit. En quatrième lieu, la société Direct Energie estime que le comité doit tenir compte de l'avantage potentiel que la société GRDF aurait pu obtenir si les fournisseurs avaient accepté l'un des avenants proposés en 2015. En conséquence, la société Direct Energie affirme que la sanction pécuniaire devra nécessairement avoir pour composante les 94 millions d'euros dont la société GRDF a bénéficié comme avantage direct de son manquement.

En ce qui concerne l'ampleur du dommage, la société Direct Energie soutient qu'il convient de se référer à la notion de « dommage à l'économie » telle qu'appréciée par l'Autorité de la concurrence pour déterminer le montant des sanctions pécuniaires. En l'espèce, la société Direct Energie relève que l'ensemble des fournisseurs ont été concernés et que les pratiques ont été mises en œuvre sur l'ensemble du marché national de la distribution de gaz naturel. En outre, le manquement de la société GRDF a constitué une entrave significative à la concurrence, en limitant le développement des nouveaux entrants, ce qui a, *in fine*, engendré un dommage aux consommateurs qui n'ont pas bénéficié d'offres suffisamment variées et dynamiques et de prix modérés. De plus, selon la société Direct Energie, la société GRDF a découragé de nouveaux entrants potentiels d'entrer sur le marché de la fourniture de gaz naturel et freiné le développement des petits fournisseurs. Enfin, la société Direct Energie indique que le fournisseur historique ne supporte pas les impayés dans le cadre des offres régulées et qu'alors la société GRDF a fortement amputé l'espace économique des fournisseurs alternatifs en réduisant la possibilité de proposer des offres à un prix significativement inférieur aux TRV.

La société Direct Energie évalue le coût moyen par client du flux d'impayés de la part acheminement à 2,66 euros par an, à partir des données de la délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 10 mars 2016 estimant le montant annuel d'impayés à compter de l'année 2016 à 29 M€ par an et du nombre de clients de GRDF, estimé à hauteur 10,9 millions.

Elle ajoute que la société Engie, qui disposait de 6 431 000 clients aux TRV au 21 décembre 2015, se serait vue compenser un minimum de 13,873 millions d'euros d'impayés pendant la période de manquement de 296 jours alors que ses concurrents devaient supporter ces sommes.

La société Direct Energie demande, en conséquence, au comité de règlement des différends et des sanctions de prononcer une sanction pécuniaire d'au moins 107,87 millions d'euros.

*

Vu les observations de la société GRDF, enregistrées le 14 septembre 2018.

La société GRDF rappelle que la société Direct Energie a refusé toute discussion avec la société GRDF, que ces échanges aient lieu dans le cadre d'une concertation avec les fournisseurs, sous l'égide de la Commission de régulation de l'énergie ou de manière bilatérale.

En réponse aux arguments de la société Direct Energie, la société GRDF soutient que le comité n'a pas rendu de décision constatant la non-conformité de l'avenant du 29 mai 2015. Par conséquent, le comité doit, dans formation de sanction, se prononcer sur la conformité de ce premier projet.

En outre, la société GRDF conteste avoir acquiescé aux manquements qui lui sont reprochés par le désistement de son recours contre la décision du comité du 20 janvier 2016 ainsi que le non-recours contre la décision du 18 mai 2016. Elle estime ainsi pouvoir discuter les termes de ces deux décisions dans la présente procédure.

S'agissant de la gravité de la violation d'une injonction d'une autorité de régulation, la société GRDF soutient que la pratique décisionnelle citée par la société Direct Energie dans ses écritures ne sont pas applicables en l'espèce, dans la mesure où les injonctions du comité n'étaient ni claires, ni précises, le comité s'étant limité à fixer des grands principes sans préciser leurs modalités d'application.

S'agissant de l'imputabilité du retard, la société GRDF affirme que l'exécution de la décision du comité imposait de mettre en place une concertation entre les fournisseurs, en application du principe de non-discrimination auquel le gestionnaire de réseau de distribution est tenue aux termes de la directive européenne n°2009/73/CE et de l'article L.432-8 du code de l'énergie. Par ailleurs, la société GRDF indique que les autres fournisseurs ont été attentistes puis satisfaits de la procédure de concertation. Enfin, la société GRDF réfute avoir attendu que la Commission de régulation de l'énergie intègre dans l'ATRD les coûts supportés au titre des impayés.

La société GRDF conteste également l'argument de la société Direct Energie tenant à ce que les solutions adoptées dans le secteur de l'électricité étaient transposables. À cet égard, la société GRDF soutient que ni la Commission de régulation de l'énergie, ni le comité, n'ont considéré que cette décision était directement transposable et, qu'en tout état de cause, il existe des différences entre les deux secteurs qui rendent tout mécanisme de transposition à l'identique impossible.

Par ailleurs, la société GRDF conteste avoir refusé d'exécuter la décision du comité. À ce sujet, elle estime avoir fait un usage légitime de son droit de recours.

S'agissant de l'avantage tiré par la société GRDF, cette dernière estime ne pas avoir bénéficié d'avantage lié aux conditions contractuelles. La société GRDF indique que l'avenant est favorable aux fournisseurs et reprend le mécanisme d'avance de trésorerie négocié par la société Direct Energie avec la société Enedis. La société GRDF estime également ne retirer aucun avantage de la prise en charge dans l'ATRD des impayés puisqu'elle a seulement été couverte, de manière légitime par la Commission de régulation de l'énergie, des charges supportées à ce titre.

La société GRDF conteste également les désavantages pour les nouveaux entrants actuels ou potentiels dans la mesure où, d'une part, les fournisseurs en offre de marché ont nécessairement répercuté les coûts liés aux impayés dans le prix de leurs offres de fourniture aux clients finals, tout en restant compétitifs par rapport aux offres TRV et, d'autre part, les éléments relatifs à la santé financière de ces fournisseurs démontrent que leur développement n'a pas été entravé.

S'agissant du dommage pour les consommateurs, la société GRDF considère qu'il appartient aux fournisseurs qui avaient répercuté les charges d'impayés dans leurs tarifs de tenir compte que ces charges sont désormais intégrées dans l'ATRD.

Enfin, s'agissant de la situation financière de la société GRDF, cette dernière estime que le fait qu'elle soit en situation de quasi-monopole et appartienne à un ensemble verticalement intégré n'a aucune incidence sur la sanction pouvant être prononcée par le comité. Elle estime par ailleurs ne devoir supporter une sanction pécuniaire parce qu'elle dispose des moyens lui permettant d'y faire face ou qu'elle perçoit des financements pour promouvoir l'usage du gaz naturel.

La société GRDF demande, en conséquence, au comité de règlement des différends et des sanctions de :

- à titre principal, dire que la procédure est entachée de nullité compte tenu des graves irrégularités procédurales dont elle est affectée ;
- à titre subsidiaire, ne pas prononcer de sanction pécuniaire à l'encontre de GRDF, compte tenu de l'absence de faute commise par GRDF, de l'absence de gravité du manquement reproché, de l'absence de

dommage en résultant tant pour les fournisseurs que les consommateurs, de l'absence d'avantage retiré par GRDF et des très nombreuses circonstances atténuantes dans cette affaire.

*

Vu les observations de la société Direct Energie, enregistrées le 17 septembre 2018 ainsi que la pièce complémentaire enregistrée le 24 septembre 2018.

En premier lieu, la société Direct Energie conteste l'existence d'irrégularités procédurales. Elle indique avoir informé la société GRDF de sa demande de sanction et qu'aucun texte n'imposait au comité d'informer la société GRDF de l'instruction de cette plainte. En outre, la société Direct Energie estime que la phase contradictoire ne s'ouvre qu'au moment de la notification des griefs et que la société GRDF a, en l'espèce, était en mesure de présenter des observations écrites et orales en réponse à la notification des griefs.

La société Direct Energie conclut également à l'absence d'atteinte au principe d'impartialité d'objective, qui est interprété de manière stricte par la jurisprudence qui ne retient la violation à ce principe que lorsqu'une autorité tranche des mêmes questions concernant les mêmes parties dans le cadre de procédure poursuivant des mêmes fins. Or, en l'espèce, la question des impayés en cause dans la procédure de sanction est dissociable de celle des peines et soins de la décision du 2 juin 2016 et les procédures sont totalement différentes et ne poursuivent pas le même objet. En outre, la société Direct Energie considère que la procédure d'instruction n'a pas été menée exclusivement à charge.

Enfin, la société Direct Energie estime que la notification des griefs ne viole ni le règlement intérieur ni les droits de la défense de la société GRDF. D'une part, elle considère que le membre désigné n'a, en application des dispositions du règlement intérieur, pas à proposer un montant mais uniquement le type de sanction qu'il entend proposer au comité. D'autre part, elle soutient qu'aucun texte ne prévoit que les sanctions doivent être prévisibles et que la notification des griefs donne suffisamment d'éléments de fait et de droit pour permettre à la société GRDF de faire valoir ses arguments.

En second lieu, la société Direct Energie soutient que le défaut d'exécution de la décision est, contrairement à ce que soutient la société GRDF, directement imputable à elle-même. En ce qui concerne la concertation, la société Direct Energie affirme que les fournisseurs ont fait des propositions pour signer au plus vite un avenant conforme à la décision du 19 septembre 2014, alors que la société GRDF a, au contraire, fait part d'une particulièrement mauvaise foi pour ne pas exécuter la décision. Elle estime en outre qu'une négociation bilatérale était bien possible. L'organisation de cette concertation constitue ainsi pour la société Direct Energie une circonstance aggravante. La société Direct Energie estime en outre que la société GRDF étant à l'origine de l'ampleur de l'illégalité, elle ne peut se prévaloir du bouleversement du schéma contractuel pour justifier d'un retard dans le rétablissement d'une situation légale. Ensuite, la société Direct Energie considère qu'il ne saurait naître aucune confiance légitime de l'absence d'opposition de la Commission de régulation de l'énergie, comme l'a déjà jugé la cour d'appel de Paris. Enfin, la société Direct Energie affirme que la société GRDF ne saurait justifier son comportement par la prétendue imprécision des injonctions, n'ayant jamais au demeurant argué d'une moindre imprécision dans le cadre des précédentes procédures.

En troisième lieu, la société Direct Energie rappelle que la société GRDF a bien tiré avantage de la situation dans la mesure où la seule certitude de la prise en charge du stock d'impayés par l'ATRD est un avantage considérable et que le gestionnaire de réseau de distribution a nécessairement économisé des coûts de traitement et de développements de ses systèmes d'information.

En quatrième lieu, s'agissant de l'ampleur du dommage, la société Direct Energie estime que les fournisseurs ont bien supporté la charge du risque d'impayés. Selon la société Direct Energie, il ressort de la pratique décisionnelle du comité et de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris que les fournisseurs ont bien supporté le risque d'impayés. Elle considère en outre que la théorie de l'effet d'aubaine est économiquement contredite. D'une part, l'augmentation unitaire de l'ATRD est bien plus faible que celle devant être pratiquée par un fournisseur alternatif sur sa base de clients plus réduite. D'autre part, du fait de leur offre tarifaire attractive, les fournisseurs alternatifs ont attiré des clients plus sensibles au prix et donc plus susceptibles de générer un impayé : ils ont ainsi été confrontés à un taux d'impayés plus élevés que ceux résultant des TRV. Enfin, la société Direct Energie soutient que la circonstance que d'autres fournisseurs n'aient pas été diligents pour signer l'avenant n'a aucune influence sur le comportement de la société GRDF.

La société Direct Energie demande, en conséquence, au comité de règlement des différends et des sanctions de prononcer une sanction pécuniaire d'au moins 107,87 millions d'euros.

*

Vu les observations de la société GRDF, enregistrées le 16 octobre 2018.

Sur la procédure, la société GRDF indique que, contrairement à ce que soutient la société Direct Energie, celle-ci ne l'a pas informée de sa demande de sanction introduite devant le comité. En outre, elle indique que la jurisprudence relative à l'ouverture de la phase contradictoire devant l'Autorité de la concurrence n'est pas pertinente et que devant les juridictions et autorités européennes, les justiciables sont très vite informés du dépôt de plainte, avant l'envoi de la notification des griefs. Enfin, elle considère que l'absence de communication sur la désignation d'un premier membre pour instruire la demande de sanction est contraire à la pratique décisionnelle du comité.

La société GRDF soutient également que la seule précision selon laquelle une sanction pécuniaire ne pouvant excéder 8 % de son chiffre d'affaires ne pouvait lui être imposée n'était pas suffisante, la seule interrogation possible portant sur le niveau de la sanction effectivement encourue. Le membre désigné aurait ainsi dû donner une fourchette s'agissant du montant financier qu'il proposait de retenir.

En ce qui concerne la méconnaissance du principe d'impartialité, la société GRDF indique que la société Direct Energie développe les mêmes arguments que ceux développés dans le cadre de l'exécution de la décision n° 11-38-13, constituant ainsi la preuve que les procédures sont étroitement liées et poursuivent la même finalité.

Sur le fond, la société GRDF maintient que le manquement allégué ne lui est pas imputable. Elle réaffirme qu'elle était tenue d'organiser une concertation en présence de l'ensemble des fournisseurs dans la mesure où la décision du comité nécessitait une modification du CAD, ce que le Président de la Commission de régulation de l'énergie et les autres fournisseurs, Direct Energie inclus, lui ont expressément confirmé.

S'agissant du rôle de la Commission de régulation de l'énergie, la société GRDF précise qu'elle entend souligner que le régulateur sectoriel, qui connaît parfaitement les marchés qu'il est en charge de réguler, pouvait indiquer que les avenants étaient déraisonnables mais ne l'a pas fait.

S'agissant du dommage causé par la société GRDF, celle-ci indique que le comité s'étant déclaré incompétent pour examiner si les fournisseurs avaient déjà répercuté ou non les coûts sur leurs clients finals s'agissant des prestations de gestion de clientèle, un doute sérieux demeure s'agissant des impayés. En outre, elle invite le comité à prendre en compte le caractère très limité du dommage, dans la mesure où si la société GRDF avait proposé un avenant conforme dès le 1^{er} juin 2015, seules les sociétés Direct Energie et ENI auraient pu être remboursées avant le 23 mars 2016 pour un montant total de 10 764 746 euros incluant les intérêts.

S'agissant de l'avantage tiré par la société GRDF, celle-ci soutient que la prise en charge du stock de créances dans l'ATRD n'était pas discutable et elle avait ainsi l'assurance d'être couverte des coûts liés à cette prise en charge par la Commission de régulation de l'énergie. Elle ajoute qu'elle n'a tiré aucun avantage en termes de coûts de traitement et de développement de son système d'information, ces derniers étant paramétrés depuis l'origine pour gérer de manière individualisée les 11 millions de clients raccordés à son réseau.

*

Vu les observations de la société Direct Energie, enregistrées le 18 décembre 2018.

Sur la procédure, la société Direct Energie maintient avoir informé la société GRDF de sa demande de sanction, ayant par ailleurs clairement indiqué dans ses écritures, reprises dans la décision du comité du 18 mai 2016, qu'elle n'entendait pas « renoncer » à sa demande de sanction. En outre, la société Direct Energie estime que la société GRDF a pu discuter la réalité et la pertinence des faits et circonstances qui vont conduire au prononcé d'une sanction dans le cadre des procédures de suivi d'exécution et peut toujours contester le quantum de la sanction. La société Direct Energie relève également que la société GRDF considère que l'absence d'information de nomination du premier membre désigné ne lui a pas permis d'être entendue alors même qu'elle n'a, en tout état de cause, pas demandé à être entendue après l'information de la désignation du second membre. Enfin, la société Direct Energie estime, s'agissant du respect du principe d'impartialité objective, qu'il est parfaitement possible d'apprécier le respect de l'injonction de la décision du comité du 19 septembre 2014, qui ne concerne les impayés, sans connaître du respect de l'injonction de la décision de la cour d'appel du 2 juin 2016, qui lui est postérieure et ne concerne uniquement que les peines et soins.

Sur le fond, la société Direct Energie réaffirme le caractère irrévocable de l'absence d'exécution conforme par les deux premiers projets d'avenants résultant de la décision du 20 janvier 2016. Dans le cadre de cette procédure, la société GRDF a déjà pu contester le défaut d'exécution de la décision du 19 septembre 2014. La société Direct

Energie considère que les deux décisions de suivi d'exécution étant désormais revêtues de la force irrévocable de chose jugée, le comité ne peut que constater le manquement de GRDF et la faute ne peut plus être discutée dans le cadre de la présente procédure de sanction. À cet égard, la société Direct Energie soutient que le désistement de GRDF n'a pas eu d'influence sur la possibilité de discuter le manquement reproché dans le cadre de la présente procédure de sanction.

S'agissant de l'imputabilité du retard, la société Direct Energie réitère que la concertation n'était pas obligatoire et qu'il a toujours été extrêmement clair que les travaux étaient « pilotés » par la société GRDF.

S'agissant du dommage causé à l'économie, la société Direct Energie affirme qu'il ressort des écritures de la société GRDF qu'elle était en mesure de gérer les impayés liés à son activité depuis l'origine et, qu'ainsi, alors que la société GRDF avait la possibilité d'adopter un comportement moins restrictif de concurrence, elle a imposé à chaque fournisseur nouvel entrant de constituer un système informatique devant gérer ses impayés, causant ainsi une barrière à l'entrée au détriment des nouveaux entrants. Par ailleurs, s'agissant de la répercussion des impayés par les fournisseurs sur le tarif de détail, la société Direct Energie affirme que les fournisseurs alternatifs ne disposaient pas du pouvoir de marché nécessaire pour imposer une augmentation des prix liés à la répercussion des impayés. Enfin, la société Direct Energie indique que les créances irrécouvrables sont, sur le plan comptable, passées en pertes et restent ainsi à la charge du fournisseur.

La société Direct Energie demande, en conséquence, au comité de règlement des différends et des sanctions de prononcer une sanction pécuniaire d'au moins 107,87 millions d'euros.

*

Vu les observations de la société GRDF, enregistrées le 13 mars 2019.

La société GRDF ne soulève aucun moyen supplémentaire et persiste dans ses demandes.

*

* *

6. Procédure de sanction

Vu le code de l'énergie, notamment ses articles L. 134-25 à L. 134-34 et R. 134-7 à R. 134-37 ;

Vu la décision du 15 décembre 2017, portant adoption du règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie ;

Vu la décision du 13 février 2019, portant adoption du règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie ;

Vu la décision du 20 juillet 2018 du président du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie, relative à la désignation d'un rapporteur pour l'instruction de la demande de sanction enregistrée sous le numéro 02-40-15.

*

Les parties ayant été régulièrement convoquées à la séance publique, qui s'est tenue le 27 juin 2019, du comité de règlement des différends et des sanctions, composé de Monsieur Thierry TUOT, président, Monsieur Nicolas MAZIAU et Madame Hélène VESTUR, membres, en présence de :

Monsieur Fabrice DAMBRINE, membre désigné par le comité de règlement des différends et des sanctions,

Monsieur Andy CONTESSO, chef du département contentieux, représentant la directrice juridique empêchée,

Monsieur Roman PICARD, rapporteur,

Les représentants de la société GRDF, assistés de Maître Henri Savoie et Maître Elsa Thauvin,

Les représentants de la société Direct Energie, assistés de Maître Olivier Fréget,

Après avoir entendu :

- le rapport de Monsieur Roman PICARD, présentant les faits, la demande de sanction, les conclusions et les moyens des sociétés mise en cause et intéressée, les griefs notifiés et les observations écrites en réponse aux griefs;
- le rapport de Monsieur Fabrice DAMBRINE, présentant les motifs l'ayant conduit à confirmer les termes de la notification des griefs et proposant une sanction ;
- les observations de Maître Henri Savoie et Maître Elsa Thauvin pour la société GRDF ; la société GRDF persiste dans ses moyens et conclusions ;
- les observations de Maître Olivier Fréget et Monsieur Martial Houlle, secrétaire général et directeur juridique pour la société Direct Energie ; la société Direct Energie persiste dans sa demande de sanction.

La parole ayant été donnée à Maître Henri Savoie pour la société GRDF en dernier.

Le comité de règlement des différends et des sanctions en ayant délibéré, après que le membre désigné, le rapporteur, les parties, le public et les agents des services se sont retirés.

*

7. Analyse du comité de règlement des différends et des sanctions

7.1. Sur la procédure

Sur la régularité de la convocation à l'audience de la société GRDF

Au cours de la séance publique, la société GRDF a soutenu que sa convocation à la séance du 27 juin 2019 était irrégulière. Elle soutient n'avoir pas été informée de la convocation avant un message électronique en date du 19 juin 2019, en méconnaissance des dispositions du règlement intérieur du comité qui prévoit un délai de dix jours francs entre la convocation des parties et la tenue de la séance publique.

Aux termes de l'article 16 du règlement intérieur du comité en date du 13 février 2019, « *La ou les personnes mises en cause sont convoquées à la séance du comité de règlement des différends et des sanctions à l'ordre du jour de laquelle la demande de sanction est inscrite. [...] / Cette convocation leur est adressée au plus tard dix jours francs avant la date de la séance par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen permettant d'attester de la date de réception de la convocation.* » (emphases ajoutées).

Il résulte des dispositions précitées que la convocation doit être adressée à la partie mise en cause dix jours francs avant la date de la séance publique. Ces dispositions doivent être interprétées comme devant prévoir un délai raisonnable de distribution postale pour que la personne puisse être informée en temps utile de la convocation à la séance publique.

En l'espèce, il n'est pas contesté que le rapporteur a bien adressé aux sociétés GRDF et Direct Energie une convocation à la séance publique par deux lettres recommandées avec accusé de réception en date du 13 juin 2019, qui ont été prises en charge par les services postaux le même jour.

La société GRDF a, par la suite, été informée par un courrier électronique en date du 19 juin 2019 de l'envoi de cette convocation le 13 juin 2019, convocation qu'elle a ensuite reçue le 20 juin 2019, ce qu'elle n'a pas contesté lors de l'audience.

Le courrier de convocation a ainsi été posté en temps utile selon les formes prescrites. La réception le 20 juin 2019 par la société GRDF résulte d'un délai d'acheminement anormal, non imputable au comité qui a expédié le courrier en préservant un délai raisonnable de distribution.

En tout état de cause, la société GRDF a disposé d'un délai de huit jours pour préparer ses observations orales. Ce délai apparaît suffisant pour respecter les droits de la défense de la société GRDF, d'autant plus que cette dernière ne l'a pas utilisé pour demander un report de la séance ou faire valoir des difficultés quant à la préparation de sa défense.

La convocation à la séance publique n'est ainsi pas entachée d'irrégularités et n'a pas été de nature à compromettre les droits de la défense de la société GRDF.

Sur la méconnaissance des droits de la défense de la société GRDF

La société GRDF soutient qu'en ne l'informant pas de la demande de sanction introduite contre elle et de la nomination d'un de ses membres pour instruire cette demande, le comité a irrémédiablement compromis les droits de la défense, tels que garantis par l'article 6, paragraphe 1 de la CESDH.

Elle affirme qu'elle n'a été officiellement informée de la demande de sanction déposée le 17 novembre 2015 qu'au moment de la notification des griefs du 15 mai 2018, soit plus de deux ans plus tard. En outre, elle conteste le fait qu'elle n'ait pas été informée de la décision du 20 mai 2016 portant nomination du premier membre désigné. Elle indique qu'en l'absence de ces informations, elle s'est désistée de son recours devant la cour d'appel de Paris contre la décision du 20 janvier 2016 et n'a pas introduit de recours contre la décision du 18 mai 2016. Elle soutient alors qu'elle n'a pas consenti, en toute connaissance de cause, à renoncer à la possibilité de contester le manquement qui lui est reproché dans la présente procédure de sanction.

En outre, la société GRDF indique qu'elle n'a jamais été entendue par le membre désigné, ce qui l'a empêché de faire valoir ses arguments quant à la bonne exécution des injonctions de la décision du 19 septembre 2014.

Enfin, la société GRDF soutient que la notification des griefs ne contient aucune indication sur la sanction proposée, en méconnaissance de la décision du 15 décembre 2017 portant adoption du règlement intérieur du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie. Elle aurait ainsi été dans l'impossibilité d'estimer la sanction qui pourrait lui être infligée, ni d'apprécier si les éléments identifiés par le membre désigné sont des circonstances atténuantes ou aggravantes, en méconnaissance des droits de la défense.

Aux termes de l'article L. 134-27 du code de l'énergie, « Lorsque l'intéressé ne se conforme pas dans les délais fixés à cette mise en demeure ou en cas de manquement constaté dans les conditions prévues à l'article L. 135-12, et après l'envoi d'une notification des griefs à l'intéressé, le comité peut prononcer à son encontre, en fonction de la gravité du manquement : [...] 2° Soit, si le manquement n'est pas constitutif d'une infraction pénale, une sanction pécuniaire, dont le montant est proportionné à la gravité du manquement, à la situation de l'intéressé, à l'ampleur du dommage et aux avantages qui en sont tirés. [...] ». L'article L.134-28 du même code précise que « Les sanctions énumérées à l'article L. 134-27 sont également encourues lorsque le gestionnaire [...] d'un réseau [...] ne s'est pas conformé dans les délais requis à une décision prise par le comité en application des articles L. 134-20 et L. 134-22, sans qu'il y ait lieu de le mettre préalablement en demeure. »

L'article R. 134-30 du code de l'énergie prévoit que le « membre peut entendre, s'il l'estime nécessaire, toute personne susceptible de contribuer à son information, y compris la personne poursuivie » (soulignements ajoutés).

L'article R. 134-32 du même code dispose que « [...] La notification des griefs mentionne les sanctions éventuellement encourues et le délai pendant lequel la personne concernée par cette notification peut consulter le dossier et présenter des observations écrites. »

L'article R. 134-35 du code de l'énergie prévoit, en outre, que « Le membre du comité désigné en application de l'article R. 134-30 assiste à la séance. Il présente ses observations au soutien des griefs notifiés et peut proposer une sanction. [...] ». Aux termes de ces mêmes dispositions : « dans tous les cas, la personne mise en cause et, le cas échéant, son conseil doivent pouvoir prendre la parole en dernier. »

Enfin, l'article 14 du règlement intérieur du comité de règlements des différends et des sanctions prévoit que « s'il y a lieu, le membre désigné notifie les griefs, les sanctions encourues et la sanction qu'il entend proposer au comité ».

Aucune disposition ni aucun principe n'impose au comité d'informer la personne mise en cause d'une demande de sanction déposée à son encontre. En outre, si une demande de communication de documents a été adressée par le membre désigné le 28 mars 2018 à la société GRDF, aucun texte ni aucun principe n'imposait non plus que la personne mise en cause soit alors informée du contenu de la demande de sanction déposée à son encontre. Une telle demande s'inscrit, en effet, dans le cadre d'une phase de recueil d'informations permettant au membre désigné de compléter le dossier dont il est saisi et de définir la réalité et le contenu des griefs qu'il décide, le cas échéant, de notifier à la personne mise en cause.

A cet égard, la notification des griefs marque l'ouverture de la procédure contradictoire. L'entreprise mise en cause a, dès ce moment, la faculté de consulter le dossier et de présenter des observations écrites. Elle peut ainsi contester l'ensemble des actes accomplis dans le cadre de la procédure.

En l'espèce, en application de l'article R. 134-32 du code de l'énergie, la société GRDF a été invitée par le membre désigné, le 15 mai 2018, à présenter ses observations écrites en réponse à la notification des griefs et à consulter le dossier.

La société GRDF a ainsi présenté ses observations en réponse le 13 juillet 2018, le 14 septembre 2018, le 16 octobre 2018, puis enfin le 13 mars 2019. En outre, le conseil de la société GRDF a pu consulter le 4 juillet 2018, dans les locaux de la Commission de régulation de l'énergie, le dossier de la notification des griefs. Il s'ensuit que la société GRDF a pu faire valoir ses observations en défense aux griefs notifiés.

La circonstance que la société GRDF n'ait pas été entendue est à cet égard sans incidence sur l'exercice effectif par celle-ci de ses droits de la défense au cours de la présente procédure. Au demeurant, il résulte des dispositions de l'article R. 134-32 du code de l'énergie que l'audition d'une partie par le membre désigné du comité de règlement des différends et des sanctions au cours de la procédure de sanction est à sa seule initiative, « *s'il l'estime nécessaire* ». Le membre désigné dispose ainsi d'une faculté laissée à sa propre appréciation et n'a aucune obligation.

En outre, s'agissant de l'absence d'indication sur le montant de la sanction dans la notification des griefs, il résulte de ce qui a été précédemment exposé que la notification des griefs doit, le cas échéant, préciser la nature de la sanction encourue et rappeler les critères qui sont susceptibles d'être pris en compte par le comité pour lui permettre de déterminer, en toute indépendance et impartialité, le quantum de la sanction applicable. En revanche, ces dispositions n'imposent pas à la notification des griefs, lorsqu'elle propose une sanction pécuniaire, d'en fixer le quantum.

En l'espèce, si la notification des griefs n'a pas proposé une sanction pécuniaire d'un montant déterminé et n'a, en conséquence, pas fixé de quantum, elle contient suffisamment d'éléments pour que la société GRDF ait pu apprécier la fourchette dans laquelle pourrait se situer la sanction infligée par le comité de règlement des différends et des sanctions le cas échéant. En effet, la notification des griefs indique d'abord que seul le prononcé d'une sanction pécuniaire pouvait être envisagée. Elle détaille ensuite les conditions dans lesquelles une sanction pécuniaire pourrait être déterminée en faisant état des critères de la gravité du manquement, de la situation de l'intéressé, en particulier les plafonds applicables au cas d'espèce et la situation financière de la société GRDF, de l'ampleur du dommage ainsi que des avantages que la société GRDF a pu en tirer. La notification des griefs invitait également la société GRDF à formuler des observations s'agissant de sa situation financière et notamment concernant sa capacité contributive.

Eu égard au degré de détail rappelé ci-dessus, la société GRDF était parfaitement en mesure de comprendre quels étaient les critères de détermination de la sanction et ainsi de préparer sa défense.

En outre, le membre désigné a proposé, lors de la séance publique, une appréciation, pour le cas d'espèce, des critères légaux applicables à la détermination de la sanction pécuniaire.

Par suite, le moyen tiré de ce que la notification des griefs ne mentionne pas le quantum de la sanction pécuniaire envisagée par la notification des griefs en méconnaissance du droit à un procès équitable doit être écarté.

Enfin, si le comité a adopté une décision en date du 20 janvier 2016 relative à l'exécution de la décision du 19 septembre 2014 et une décision en date du 18 mai 2016 relative à l'exécution des décisions du 19 septembre 2014 et du 20 janvier 2016, le comité ne se fonde pas, dans le cadre de la présente procédure de sanction, sur les constats opérés dans ces deux décisions de 2016. Dans la présente affaire, le comité apprécie les faits au seul regard des circonstances de l'espèce et des écritures des parties en réponse à la notification des griefs. Dès lors, le moyen tiré de la renonciation par la société GRDF à son droit de recours à l'encontre des décisions du 20 janvier 2016 et du 18 mai 2016 est inopérant.

Dans ces conditions, il y a lieu d'écarter les moyens tirés de la violation des droits de la défense de la société GRDF.

Sur la méconnaissance du principe d'impartialité

Sur l'impartialité objective des membres du comité

La société GRDF soutient que l'impartialité du membre désigné dans le cadre de la procédure de sanction ainsi que celle des deux autres membres du comité, Madame Chaubon et Monsieur Grellier amenés à siéger dans le cadre de cette procédure n'est, en méconnaissance de l'article 6 de la CESDH pas garantie, dans la mesure où ils ont siégé dans le cadre de la décision du 18 juin 2018, affaire présentant un lien de connexité évident avec la présente procédure.

En vertu de l'article L.134-28 du code de l'énergie, le comité des différends et des sanctions est compétent pour prononcer des sanctions à l'encontre d'un opérateur, exploitant ou utilisateur d'un réseau, d'un ouvrage ou d'une installation ou fournisseur d'électricité mentionné à l'article L. 134-25 dudit code ne s'étant pas conformé dans les délais requis à une décision de règlement de différend. Le législateur a ainsi donné compétence au comité de se prononcer, dans le cadre d'une procédure de sanction, sur les mêmes faits à l'origine d'une demande de règlement de différends.

En tout état de cause, il résulte d'une jurisprudence constitutionnelle constante que le principe d'impartialité s'oppose au cumul des fonctions de poursuite et d'instruction d'éventuels manquements et des fonctions de jugement des mêmes manquements¹.

En l'espèce, la procédure ouverte dans le cadre du règlement de différend enregistrée sous le numéro 11-38-13 suite à l'arrêt de la cour d'appel du Paris du 2 juin 2016 ayant abouti à la décision du 18 juin 2018 est relative à la conformité de l'avenant soumis par la société GRDF aux prescriptions de cet arrêt de la cour d'appel Paris.

En revanche, la présente procédure vise à sanctionner l'éventuelle non-exécution de la décision du comité du 19 septembre 2014.

Il en résulte qu'alors même que les deux procédures trouvent leur fondement dans les mêmes faits, à savoir la demande de règlement de différend formée par la société Direct Energie enregistrée sous le numéro 11-38-13, la décision du comité rendue dans le cadre de l'exécution de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 juin 2016 et la décision de sanction qui serait rendue dans le cadre de la présente procédure constituent deux mesures différentes dans leur objet, l'une visant à constater l'exécution des prescriptions de la cour d'appel par la société GRDF s'agissant du volet « peines et soins », l'autre visant à sanctionner, le cas échéant, la non-exécution par la société GRDF des injonctions prononcées par le comité dans sa décision du 19 septembre 2014, s'agissant du volet impayés.

Au surplus, et en tout état de cause, ni Madame Chaubon, ni Monsieur Grellier, ne participent à la formation du comité dans la présente procédure.

Sur l'impartialité de l'instruction

La société GRDF soutient que plusieurs éléments sont de nature à démontrer la partialité de l'instruction, laquelle n'a été menée qu'à charge. Plus particulièrement, la société GRDF conteste les faits suivants :

- (i) Le membre désigné n'a pas entendu GRDF avant l'envoi de la notification des griefs ;
- (ii) Il n'est jamais précisé dans la notification des griefs que la société GRDF a déjà exécuté la décision du 19 septembre 2014 ;
- (iii) Le membre désigné n'indique pas que l'avenant du 29 mai 2015 avait été signé par vingt-cinq fournisseurs ;
- (iv) Le membre désigné propose au CoRDIS de prendre en considération au titre de la gravité du manquement le fait que la problématique avait déjà donné lieu dans le secteur de l'électricité à plusieurs décisions.

L'article R.134-30 du code de l'énergie prévoit que :

« Pour chaque affaire, le président du comité de règlement des différends et des sanctions désigne un membre de ce comité chargé, avec le concours des agents de la Commission de régulation de l'énergie, de l'instruction. Le cas échéant, ce membre adresse la mise en demeure prévue à l'article L. 134-26 et notifie les griefs. Il peut ne pas donner suite à la saisine.

Ce membre peut entendre, s'il l'estime nécessaire, toute personne susceptible de contribuer à son information, y compris la personne poursuivie. »

¹ Décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011, *Banque populaire Côte d'Azur* ; décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013, *Sté Numéri-câble SAS*.

L'article R.134-32 du même code précise que « *La notification des griefs mentionne les sanctions éventuellement encourues et le délai pendant lequel la personne concernée par cette notification peut consulter le dossier et présenter des observations écrites.* »

Il résulte de ces dispositions que le membre désigné dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à la conduite de l'instruction.

En premier lieu, et comme précisé ci-dessus, le membre désigné a l'initiative d'auditionner la partie mise en cause « *s'il l'estime nécessaire* ».

En l'espèce, les règles de procédure garantissant le principe du contradictoire ont été respectées au bénéfice de la société GRDF, dans la mesure où, comme il a déjà été rappelé ci-dessus, la société GRDF a eu la faculté à partir de la notification des griefs de consulter le dossier, de demander à être entendue, et de présenter des observations sur les griefs notifiés et enfin, de s'exprimer oralement en séance devant une formation du comité indépendante de l'accusation.

La société GRDF a eu dès lors toute latitude pour apporter les éléments qui paraissent utiles à sa défense dans le cadre de la présente procédure.

En second lieu, le membre désigné fonde la notification des griefs sur les faits qui lui paraissent de nature à en établir le bien-fondé. Ayant considéré l'ensemble du dossier, le membre désigné motive sa décision portant notification de griefs d'après une analyse globale et n'est pas tenu de se prononcer sur chacun des éléments de ce dossier.

En l'espèce, la circonstance que le membre désigné n'a pas précisé que l'avenant du 29 mai 2015 avait été signé par vingt-cinq fournisseurs est sans incidence sur la nature des griefs retenus. En outre, la notification des griefs rappelle bien que, par la transmission d'un troisième projet d'avenant le 23 mars 2016 considéré comme conforme, la société GRDF s'était « *exécutée* » mais « *à l'issue d'un retard de 296 jours* ».

Enfin, il résulte des dispositions précédemment exposées que si la notification des griefs rappelle les critères qui sont susceptibles d'être mobilisés par le comité pour lui permettre de déterminer le quantum de la sanction applicable, le comité reste souverain dans l'appréciation de la sanction, qu'il détermine en toute indépendance et impartialité, notamment au regard des éléments apportés en défense. Dès lors, le fait que le membre désigné propose au comité de prendre en considération au titre de la gravité du manquement le fait que la problématique avait déjà donné lieu dans le secteur de l'électricité à plusieurs décisions n'est pas de nature à entacher la procédure d'une violation du principe d'impartialité.

Dans ces conditions, il convient d'écarter le moyen tenant à la méconnaissance du principe d'impartialité.

7.2. Sur le fond

7.2.1. S'agissant des griefs relatifs au premier projet d'avenant transmis le 29 mai 2015 et au deuxième avenant transmis le 20 octobre 2015

Sur le respect du délai requis pour se conformer à la décision du 19 septembre 2014

Aux termes de sa décision rendue le 19 septembre 2014, le comité de règlement des différends et des sanctions a demandé à ce que la société GRDF lui transmette ainsi qu'à la société Poweo Direct Energie un nouveau contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel dans un délai de six mois à compter de la notification de ladite décision.

En application des dispositions de l'article R. 134-16 du code de l'énergie, le comité de règlement des différends et des sanctions a notifié le 1^{er} décembre 2014 la décision précitée aux sociétés GRDF et Poweo Direct Energie par lettre recommandée avec accusé de réception.

S'agissant du premier projet d'avenant en date du 29 mai 2015

Par un courrier en date du 29 mai 2015, la société GRDF a adressé au comité de règlement des différends et des sanctions et à la société Poweo Direct Energie un projet de contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel dont la date d'entrée en vigueur était fixée au 1^{er} juin 2015.

Par conséquent, la société GRDF a transmis dans les délais un premier nouveau contrat d'acheminement.

S'agissant du deuxième projet d'avenant en date du 20 octobre 2015

Par un courrier en date du 20 octobre 2015, la société GRDF a adressé au comité de règlement des différends et des sanctions et à la société Poweo Direct Energie un projet de contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel dont la date d'entrée en vigueur était fixée au 1^{er} juin 2015.

Par conséquent, la société GRDF a transmis, ce qu'elle ne conteste pas, hors délai un deuxième nouveau contrat d'acheminement, avec un envoi 141 jours après le terme du délai imposé pour l'adresser.

Sur la conformité du contrat aux principes de la décision du 19 septembre 2014

1) Sur l'objet du contrat tel que contenu dans le premier projet d'avenant

L'article 4 du projet d'avenant du 29 mai 2015 modifie l'objet du contrat d'acheminement. Il remplace intégralement l'article 1, intitulé « Objet » du contrat d'acheminement, et supprime ainsi toute référence aux conditions standard de livraison (CSL) et aux contrats de livraison directs (CLD).

Il introduit la notion de « *Prestations Connexes à l'acheminement du Gaz sur le Réseau de Distribution par le Distributeur* », définie à l'article 2 du projet d'avenant comme des « *prestations nécessaires à la réalisation de la prestation principale d'acheminement au profit du client, en ce compris les Prestations Accessoires.* ».

Dans sa décision du 19 septembre 2014, le comité a estimé que « *la mission d'acheminement dévolue au gestionnaire de réseaux de distribution s'effectue pour le compte du client final et non pour le compte de son fournisseur* ». Il ressort de l'énumération de l'article 4 du projet d'avenant que les prestations connexes recouvrent des prestations fortement liées à la mission d'acheminement du gestionnaire de réseaux dans le cadre du contrat unique, telles que « *mettre à disposition du Fournisseur l'ensemble des relevés collectés par le Distributeur, pour les PCE rattachés au Contrat et pour la période où il est Fournisseur* » ou « *élaborer, valider et mettre à disposition du Fournisseur les données nécessaires à la facturation de l'acheminement conformément au tarif ATRD en application de la grille tarifaire validée par délibération de la Commission de régulation de l'énergie.* »

Ces prestations connexes devraient alors nécessairement être assurées par le gestionnaire de réseaux de distribution, au titre de sa mission d'acheminement, et non pas dans le cadre de prestations connexes.

La société GRDF soutient que l'introduction de la notion de « prestations connexes à la prestation d'acheminement » ne constitue pas un retard dans l'exécution de la décision. En conséquence, ce grief devrait être écarté de ce seul chef.

Si regrettable que soit l'introduction de prestations « connexes à la prestation d'acheminement », distinctes des prestations d'acheminement, cette modification ne constitue pas une violation de la décision du comité du 19 septembre 2014 dans la mesure où elle n'emporte pas, en soi, de conséquences en termes de partage des responsabilités respectives du gestionnaire de réseaux et du fournisseur.

Par suite, le grief tendant à la modification de l'objet du contrat d'acheminement dans le premier projet d'avenant transmis le 29 mai 2015 ne peut qu'être écarté.

2) Sur les modalités de remboursement des sommes dues à raison du « flux d'impayés » et du stock d'impayés

S'agissant du premier projet d'avenant en date du 29 mai 2015

Le projet d'avenant du 29 mai 2015 prévoit de modifier les définitions du contrat d'acheminement en ajoutant notamment les termes suivants :

« [...] Créance Client : montant total facturé par le Fournisseur au Client. »

« Créance client irrécouvrable : une Créance Client est dite irrécouvrable lorsque sa perte apparaît comme certaine et définitive et qu'un commissaire aux comptes a établi un Certificat d'Irrécouvrabilité.

Lorsqu'une partie seulement de la Créance Client est passée en irrécouvrable (en cas de paiement partiel de la facture par le Client par exemple), la répartition entre la part Fournisseur et la part Distributeur correspond au prorata de la répartition de ces parts sur la ou les facture(s) Client correspondante(s). »

« Créance Acheminement irrécouvrable : part de la créance client irrécouvrable correspondant aux sommes hors toutes taxes dues au Distributeur. »

La société GRDF propose de subordonner la qualification de « créances irrécouvrables » à la délivrance d'un certificat d'irrécouvrabilité.

Le certificat d'irrécouvrabilité est, selon la société GRDF, un « *certificat établi par un commissaire aux comptes attestant du caractère irrécouvrable d'une créance et permettant (i) de constater l'échec des démarches engagées en vue du recouvrement d'une créance et (ii) de passer la créance en pertes déductibles fiscalement conformément aux règles comptables et fiscales applicables et opposables à l'administration fiscale.* »

Sur la gestion du flux des impayés, il ressort des pièces du dossier que l'article 6 du premier projet d'avenant ajoute un article 15.6, qui met en œuvre, en son point (ii), une procédure de remboursement du flux des impayés qui impose au fournisseur de traiter les créances « facture par facture » et pour chaque point de livraison.

Sur la gestion du stock des impayés, l'article 8 prévoit l'ajout d'une annexe J intitulée « Traitement du stock des Créances Acheminement Irrécouvrables ». Cet article prévoit notamment que le fournisseur fournit, pour chaque « créance acheminement irrécouvrable » et chaque point de livraison, différentes pièces justificatives, dont un certificat d'irrécouvrabilité.

S'agissant du deuxième projet d'avenant en date du 20 octobre 2015

Le projet d'avenant du 20 octobre 2015 prévoit de modifier les « Définitions » du contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel, en ajoutant à la liste :

« [...] « *Attestation : document établi par un tiers expert indépendant (commissaire aux comptes notamment) validant le schéma de comptabilisation du montant de Créance Acheminement Irrécouvrable appliqué à l'exercice comptable clos le 31 décembre de l'année civile précédente, c'est-à-dire confirmant que (i) les Créances Acheminement Irrécouvrables déclarées par le Fournisseur dans la ou les Pièces Justificatives sont bien relatives à des Créances Irrécouvrables enregistrées comme telles dans sa comptabilité et que les créances concernées ont bien été sorties du bilan conformément aux règles comptables et fiscales applicables et opposables à l'administration fiscale, (ii) que les Créances Acheminement Irrécouvrables correspondent bien aux sommes dues au titre de l'utilisation du Réseau de Distribution et des prestations fournies par le Distributeur au titre du Catalogue des Prestations facturées par le Fournisseur au Client, (iii) qu'il n'y a pas eu d'encaissement subséquent relatif à des Créances Acheminement Irrécouvrables non déduit du montant de Créances Acheminement Irrécouvrables remboursé par GrDF au titre de cet exercice et (iv) que les créances concernées ont été enregistrées en irrécouvrable conformément à la définition qui en est donnée sous la notion de Créance Client Irrécouvrable (émission d'un certificat d'irrécouvrabilité notamment). Ces différentes procédures pourront être conduites sur la base de sondages dont le périmètre sera défini entre les Parties et non par des vérifications exhaustives. [...]* »

« *Attestation établie par un commissaire aux comptes : attestation établie par un commissaire aux comptes validant le schéma de comptabilisation du montant de Créances Acheminement Irrécouvrables appliqué aux exercices comptables concernés, c'est-à-dire confirmant que (i) les Créances Acheminement Irrécouvrables déclarées par le Fournisseur dans la Pièce Justificative sont bien relatives à des Créances Irrécouvrables enregistrées comme telles dans sa comptabilité et que les créances concernées ont bien été sorties du bilan conformément aux règles comptables et fiscales applicables et opposables à l'administration fiscale, (ii) que les Créances Acheminement Irrécouvrables correspondent bien aux sommes dues au titre de l'utilisation du Réseau de Distribution et des prestations fournies par le Distributeur au titre du Catalogue des Prestations facturées par le Fournisseur au Client, (iii) qu'il n'y a pas eu d'encaissement subséquent relatif à des Créances Acheminement Irrécouvrables non déduit du montant de Créances Acheminement Irrécouvrables déclarées par le Fournisseur dans la Pièce Justificative et (iv) que les créances concernées ont été enregistrées en irrécouvrable conformément à la définition qui en est donnée sous la notion de Créance Client Irrécouvrable (émission d'un certificat d'irrécouvrabilité notamment). Ces différentes procédures pourront être conduites sur la base de sondages dont le périmètre sera défini entre les Parties et non par des vérifications exhaustives. [...]* »

« [...] « *Créance Client : montant total facturé par le Fournisseur au Client, comprenant d'une part les sommes dues au titre de la fourniture de Gaz et des services liés à cette fourniture et d'autre part les sommes dues au titre de l'utilisation du Réseau de Distribution et des prestations fournies par le Distributeur au titre du Catalogue des Prestations facturées par le Fournisseur au Client.* »

« *Créance Client Irrécouvrable : une Créance Client est dite irrécouvrable lorsque sa perte apparaît comme certaine et définitive - notamment par la preuve de poursuites, engagées en vue de recouvrer la Créance Client, restées infructueuses, l'émission d'un certificat d'irrécouvrabilité par un tiers assurant les diligences de recouvrement pour le Fournisseur etc.. - et qu'elle est enregistrée en irrécouvrable dans la comptabilité du Fournisseur conformément aux pratiques fiscales et comptables opposables à l'administration fiscale. Elle s'entend hors toutes taxes et contributions.*

Lorsqu'une partie seulement de la Créance Client est passée en irrécouvrable (en cas de paiement partiel de la Créance Client par exemple), la répartition entre la part relative à la fourniture de Gaz et aux services liés à cette fourniture et la part relative à l'utilisation du Réseau de Distribution et aux prestations fournies par le Distributeur

au titre du Catalogue des Prestations, facturées par le Fournisseur au Client, se fait au prorata de la répartition de ces parts sur la ou les facture(s) Client correspondante(s). »

« Créance Acheminement Irrécouvrable : part de la Créance Client Irrécouvrable correspondant aux sommes, hors toutes taxes et contributions, relative à l'utilisation du Réseau de Distribution et aux prestations fournies par le Distributeur au titre du Catalogue des Prestations.

Une Créance Acheminement Irrécouvrable de la Période considérée P est une Créance Acheminement Irrécouvrable se rapportant à une Créance Client passée par le Fournisseur en irrécouvrable dans sa comptabilité au cours de la Période considérée P.

Le montant passé en irrécouvrable est isolé, Point de Livraison par Point de Livraison dans les systèmes de comptabilisation du Fournisseur avec application le cas échéant d'un prorata en cas de paiement partiel de la facture par le Client dénommé. Il peut aussi concerner un regroupement de Points de Livraison, à la condition que ceux-ci soient dûment identifiés.

Ce montant est arrêté à l'issue de chaque Période Considérée par le Fournisseur, pour les Créances irrécouvrables de la Période Considérée.» [...] »

S'agissant du traitement du flux des impayés, il ressort des stipulations précitées que le deuxième projet d'avenant impose la production d'une attestation remise par un tiers indépendant assurant que les créances acheminement irrécouvrables correspondent exactement aux sommes dues au titre de l'utilisation du réseau de distribution par point de livraison.

S'agissant du stock de créances dues au fournisseur au titre de la conformité rétroactive du contrat, il ressort des définitions précitées que le deuxième projet d'avenant impose la production d'une attestation établie par un commissaire aux comptes s'assurant que les créances acheminement irrécouvrables correspondent exactement aux sommes dues au titre de l'utilisation du réseau de distribution pour chaque client final.

S'agissant du calcul des sommes dues à raison du stock de créances, le point 1 de l'annexe J prévoit la fourniture par le fournisseur d'une « Pièce Justificative » nécessitant, pour chaque point de livraison, de procéder au calcul rétroactif du montant des créances irrécouvrables dues par les clients finals au titre de l'utilisation des réseaux publics de distribution.

*

Dans les deux premiers projets d'avenants, la société GRDF prévoyait ainsi, tant s'agissant du flux que du stock d'impayés, de mettre en œuvre une procédure de remboursement qui impose au fournisseur de garantir que les créances correspondent exactement aux sommes dues au titre de l'utilisation du réseau de distribution par point de livraison.

La société GRDF soutient que les garanties demandées n'avaient pas pour objectif de rendre excessivement difficile pour les fournisseurs la possibilité de se faire rembourser les impayés. Elle affirme qu'elle mettait les informations relatives à la somme des impayés liés à la part acheminement de la facture, facture par facture ou point de livraison par point de livraison à la disposition des fournisseurs, dans la mesure où le distributeur produit mensuellement le montant de la part acheminement par point de livraison relevé au cours de la période, même s'il existe un décalage dans le temps par rapport au moment où le fournisseur facture l'acheminement au client final.

En outre, la société GRDF affirme que les commissaires aux comptes ne vérifient pas le caractère irrécouvrable des créances, déclarées comme telles par le fournisseur mais attestent simplement de la concordance entre les sommes certifiées sur l'honneur par le fournisseur et les sommes enregistrées dans la comptabilité de ce dernier. Elle estime alors qu'elle était tenue de demander les justificatifs en cause, afin de ne pas verser aux fournisseurs des sommes qu'elle ne leur devait pas, au préjudice des clients finals.

La société GRDF indique enfin que dans le troisième projet d'avenant en date du 23 mars 2016, déclaré conforme par le comité, deux modalités alternatives sont prévues pour déterminer la part acheminement du stock des créances, dont une, validée par le comité dans la décision du 18 mai 2016, était rédigée dans des termes strictement identiques à la clause qui avait été déclarée non conforme dans la décision du 20 janvier 2016.

Dans sa décision du 19 septembre 2014, le comité de règlement des différends et des sanctions a fait valoir « que pour reverser au gestionnaire de réseaux les sommes dues au titre de l'utilisation du réseau, le fournisseur doit les avoir préalablement recouvrées auprès du client final. Il ne peut en être autrement que dans les cas où le fournisseur n'a pas effectué toutes les diligences requises pour recouvrer les sommes concernées, en particulier celles prévues par le décret n° 2008-780 du 13 août 2008 relatif à la procédure applicable en cas d'impayés des factures d'électricité, de gaz, de chaleur et d'eau. »

Or, le système de remboursement mis en place par la société GRDF, exigeant la production de pièces justificatives, nécessitant, pour chaque point de livraison, un suivi comptable important, risquait de constituer, en pratique, une méthode très complexe et onéreuse à la charge du fournisseur.

Surtout, les modalités de facturation de la société GRDF à l'égard des fournisseurs ne permettent pas d'atteindre un tel degré de précision. En effet, la société GRDF ne produit mensuellement au fournisseur qu'une information relative à la consommation et non le montant de la part acheminement point de livraison par point de livraison. Les fournisseurs n'étaient ainsi pas en mesure de rapprocher les montants qu'ils facturaient aux clients finals des montants facturés par la société GRDF au titre de la part acheminement.

Si l'exigence de pièces justificatives ou attestations ne sont, en soi, pas une méconnaissance de la décision du 19 septembre 2014, leurs modalités de production, imposant aux fournisseurs de produire, à leurs frais et risques, une information qu'ils ne détiennent pas et que le gestionnaire de réseaux de distribution ne permet pas d'établir conduit ainsi, en pratique, à imposer aux fournisseurs une formalité impossible afin de bénéficier du remboursement des sommes avancées au titre des impayés.

Au surplus, le dernier projet d'avenant prévoit que le montant de la « part acheminement des créances clients irrécouvrables » est déterminé selon deux modalités alternatives, au choix du fournisseur, dont l'une fait intervenir une méthode statistique avec le calcul d'une « *proportion moyenne de part acheminement* », comme le précise la société GRDF elle-même, et l'autre une justification par point de livraison ou par point de comptage d'estimation. Une telle méthode n'impose ainsi pas une formalité excessivement onéreuse et difficile à mettre en œuvre sur les fournisseurs, comme le prévoyait les dispositions des deux premiers projets d'avenants précitées.

Il s'ensuit que la clause relative aux modalités de remboursement des sommes avancées par le fournisseur n'est pas similaire dans les deux premiers projets d'avenants et le dernier projet.

Par conséquent, en prévoyant une procédure de remboursement du flux des impayés qui impose au fournisseur de garantir que les créances correspondent exactement aux sommes dues au titre de l'utilisation du réseau de distribution par point de livraison, les deux premiers projets d'avenants conduisaient à transférer le risque financier lié au non-paiement des sommes dues au titre de l'utilisation des réseaux publics de distribution sur le fournisseur.

3) Sur la période concernée par le stock de créances acheminement irrécouvrable

S'agissant du premier projet d'avenant en date du 29 mai 2015

L'article 1^{er} de l'annexe J du premier projet d'avenant prévoit que le stock de créances acheminement irrécouvrables continue de se constituer jusqu'à la date de conclusion de l'avenant et sous réserve de la prescription de droit commun sans prévoir les cas de suspension et d'interruption du délai de prescription.

S'agissant du deuxième projet d'avenant en date du 20 octobre 2015

Le point 1 de l'annexe J du deuxième projet d'avenant prévoit la prise en charge par la société GRDF du stock de créances déclarées irrécouvrables pour la période antérieure à la publication de la décision du CoRDIS du 19 septembre 2014 sous réserve de l'application des règles de prescription en matière commerciale, laquelle implique que les créances acheminement irrécouvrables n'ont pas été déclarées irrécouvrables plus de cinq ans avant la date de la publication de la décision du comité, soit avant le 1^{er} décembre 2009 - sauf pour les fournisseurs ayant accompli un acte interruptif ou suspensif du délai de prescription.

Dans la décision du 19 septembre 2014, le comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie a indiqué que le litige peut indifféremment porter sur une période antérieure ou postérieure à sa formation. Dès lors, il a conclu qu'il revient à la société GRDF de proposer un avenant au contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel remettant la situation contractuelle dans l'état où elle aurait dû être si ledit contrat avait été *ab initio*, exception faite des impayés du fournisseur pour lesquels ce dernier ne justifie pas que les créances correspondantes ont été qualifiées d'irrécouvrables par un commissaire aux comptes et qu'il a effectué toutes les diligences requises pour recouvrer les sommes concernées, en particulier celles prévues par le décret n° 2008-780 du 13 août 2008.

En application des dispositions du I de l'article L. 110-4 du code de commerce, « *les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes.* » L'article 2233 du code civil précise que « *la prescription ne court pas à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive.* » En outre, aux termes de l'article 2241 du code civil, « *la demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion.* » L'article 2242 du même code précise que « *l'interruption résultant de la demande en justice produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance.* »

Il résulte des dispositions relatives à la prescription précitées que la prescription des créances dues à la société Direct Energie a été interrompue à compter de la saisine du comité. A la date de la décision du comité, soit le 19 septembre 2014, un nouveau délai de prescription a commencé à courir.

Le « stock » de créances dues à la société Direct Energie continue ainsi de se constituer jusqu'à la date de signature de l'avenant remettant la situation contractuelle dans l'état où elle aurait dû être si le contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel avait été conforme *ab initio* à la réglementation en vigueur.

Si regrettable que soit l'absence de référence expresse aux cas de suspension et d'interruption du délai de prescription prévues par les dispositions précitées dans le premier projet d'avenant et au cas d'interruption de la prescription lors de la saisine du comité dans le deuxième projet d'avenant, cette absence n'était pas de nature à causer un dommage aux fournisseurs qui auraient été en mesure d'invoquer la réserve relative aux règles de prescription de droit commun et de droit commercial.

Les modalités de remboursement du stock de créances acheminement irrécouvrables s'agissant de la période concernée par ledit stock ne constituent ainsi pas une méconnaissance de la décision du comité du 19 septembre 2014.

4) Sur la conformité des modalités de facturation et de paiement

S'agissant de la signature d'un Protocole

Les articles 3 et 4 de l'annexe J du premier projet d'avenant prévoient de subordonner le remboursement du stock de créances à la signature d'un « Protocole » devant notamment définir le montant des dites créances.

L'article 3 de l'annexe J du deuxième projet d'avenant prévoit le même mécanisme.

La société GRDF soutient que l'objet de ce protocole était de matérialiser l'accord des parties sur le montant à rembourser au titre du stock et de constituer un justificatif comptable permettant à la société GRDF de procéder au remboursement. Elle estime que, dès lors que la société GRDF et le fournisseur se sont mis d'accord sur le montant à rembourser, il n'existe aucun risque que la société GRDF refuse de le signer et donc suspende unilatéralement le remboursement.

Or, pour déterminer le montant des créances, le fournisseur doit produire un nombre de justificatifs selon une méthode, comme il a été démontré ci-dessus, complexe et onéreuse. La signature d'un protocole entre le fournisseur et le gestionnaire risque ainsi de retarder le remboursement des sommes dues au fournisseur, qui va au-delà de ce que le droit commun exige.

Toutefois, le gestionnaire versant au fournisseur des intérêts sur avances de trésorerie, cette modalité n'est pas de nature à transférer sur ce dernier le risque financier lié au non-paiement des sommes dues au titre de l'utilisation des réseaux publics de distribution

S'agissant de l'Attestation émise par un tiers indépendant

L'article 15.6 du deuxième projet d'avenant prévoit la possibilité de suspendre le remboursement des sommes avancées par le fournisseur en cas d'absence de la transmission dans les délais de l'« Attestation » émise par un tiers indépendant.

La société GRDF soutient que cette solution est parfaitement logique et cohérente avec la décision du 19 septembre 2014 dans laquelle le comité a considéré que la société GRDF doit rembourser les fournisseurs des créances déclarées irrécouvrables par un commissaire aux comptes. Elle estime qu'aucun risque de défaut de remboursement des fournisseurs en cas de transmission tardive de l'attestation n'existait, les fournisseurs pouvant demander et obtenir le remboursement des impayés (soit trimestriellement, soit semestriellement, soit annuellement) avant de transmettre l'attestation des commissaires aux comptes.

Si la transmission de l'attestation constitue une lourde formalité et un coût pour les fournisseurs, elle n'est pas de nature à transférer sur ce dernier le risque financier lié au non-paiement des sommes dues au titre de l'utilisation des réseaux publics de distribution.

5) Sur la conformité des modalités de l'audit du « flux » d'impayés

L'article 15.6 (vii) du deuxième projet d'avenant du 20 octobre 2015 réserve la possibilité à la société GRDF de faire réaliser un audit du « flux » des impayés par un tiers indépendant dont la méthodologie de sélection des points de livraison est fournie unilatéralement par la société GRDF au tiers expert indépendant.

Le point 1 de l'annexe J du même projet réserve la possibilité à la société GRDF de faire réaliser un audit du « stock » des impayés par un tiers indépendant dont la méthodologie de sélection des points de livraison est fournie unilatéralement par la société GRDF au tiers expert indépendant.

La société GRDF soutient que la détermination unilatérale de la méthodologie de sélection des points de livraison ne laisse pas à la charge des fournisseurs les impayés liés à l'acheminement du gaz. En outre, elle estime qu'elle n'avait d'autre choix, dans la mesure où Direct Energie s'est opposé à un accord sur la définition de ces conditions.

Le principe d'un audit du « flux » et « stock » d'impayés est légitime, la société GRDF devant s'assurer que le fournisseur effectue les diligences requises pour recouvrer les sommes concernées par les impayés. Les modalités de cet audit ne sont pas de nature à transférer au fournisseur le risque financier lié au non-paiement des sommes dues au titre de l'utilisation des réseaux publics de distribution.

*
* *

Il résulte de ce qui précède que le premier projet d'avenant, transmis par la société GRDF dans les délais requis, puis le deuxième projet d'avenant, transmis hors délais, imposaient aux fournisseurs une formalité impossible à accomplir pour bénéficier du remboursement des sommes avancées au titre des impayés, ce que le gestionnaire ne pouvait ignorer dans la mesure où il demandait aux fournisseurs la transmission d'informations dont ils ne pouvaient disposer puisque lui-même ne leur communiquait pas ces informations.

De telles formalités conduisaient ainsi à transférer sur le fournisseur le risque financier lié au non-paiement des sommes dues au titre de l'utilisation des réseaux publics de distribution.

Il s'ensuit que la société GRDF n'a pas transmis à la société Direct Energie et au comité dans un délai de six mois à compter de la notification de la décision du 19 septembre 2014 un nouveau CAD conforme aux principes rappelés dans cette décision.

A la date du 29 mai 2015, puis à celle du 20 octobre 2015, la société GRDF ne s'était ainsi pas conformée à la décision du comité du 19 septembre 2014.

*
* *

7.2.2. S'agissant des griefs relatifs au troisième projet d'avenant transmis le 23 mars 2016

Sur le respect du délai requis pour se conformer à la décision du 19 septembre 2014

Aux termes de sa décision rendue le 19 septembre 2014, le comité de règlement des différends et des sanctions a demandé à ce que la société GRDF lui transmette ainsi qu'à la société Poweo Direct Energie un nouveau contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel dans un délai de six mois à compter de la notification de ladite décision.

Par lettre recommandée avec accusé de réception et par télécopie en date du 28 novembre 2014, le comité de règlement des différends et des sanctions a notifié la décision du 19 septembre 2014 aux sociétés GRDF et Poweo Direct Energie.

Par un courrier en date du 23 mars 2016, la société GRDF a adressé au comité de règlement des différends et des sanctions et à la société Poweo Direct Energie un projet de contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel dont la date d'entrée en vigueur était fixée au 1^{er} juin 2015.

L'article R. 134-16 du code de l'énergie prévoit que « Les décisions mettant fin aux différends sont notifiées aux parties, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen permettant d'attester de leur date de réception. »

Par conséquent, la société GRDF a transmis hors délai un nouveau contrat d'acheminement et avec un retard de 296 jours.

Sur la conformité du contrat aux principes de la décision du 19 septembre 2014

Aucun grief n'a été notifié s'agissant de la non-conformité du contrat aux principes de la décision.

Par ailleurs, aucune des parties ne conteste la conformité de ce contrat.

Le comité estime ainsi que le troisième projet d'avenant était bien conforme aux principes de la décision du 19 septembre 2014.

En particulier, s'agissant des modalités de remboursement des sommes dues à raison du flux et du stock d'impayés, le troisième projet d'avenant n'impose plus aux fournisseurs une formalité impossible afin de bénéficier du remboursement des sommes avancées au titre des impayés.

En effet, en ce qui concerne le traitement du flux des impayés, la nouvelle rédaction des définitions n'impose plus au fournisseur d'établir que les sommes dont il demande le remboursement « *correspondent exactement aux sommes dues au titre de l'utilisation du réseau de distribution* » pour chaque client final, sans précision de l'origine de ces informations. Plus particulièrement, la nouvelle définition de « l'attestation » prévoit que le montant des « *créances acheminement irrécouvrables* » corresponde désormais « *aux sommes facturées par le fournisseur au client au titre de l'utilisation par le client du réseau de distribution et des prestations fournies au client par le distributeur* » (emphases ajoutées).

S'agissant du stock de créances, la nouvelle définition de l' « *attestation établie par un commissaire aux comptes* » permet de déterminer la part acheminement des créances clients selon deux modalités alternatives au choix du fournisseur, dont l'une impliquant une méthode statistique avec le calcul d'une « *proportion moyenne de part acheminement* » à partir du montant total d'acheminement facturé par le fournisseur, et l'autre nécessitant que pour chaque point de livraison, ou point de comptage d'estimation, le montant de cette part corresponde bien au montant des sommes dues au titre de l'utilisation du réseau de distribution et des prestations fournies par le gestionnaire de réseau.

Ces modalités permettent ainsi aux fournisseurs de produire des informations qu'ils sont en mesure de reconstituer afin de bénéficier du remboursement des sommes avancées au titre des impayés.

Le troisième projet d'avenant en date du 23 mars 2016 met ainsi fin à la période d'inexécution par la société GRDF de la décision du 19 septembre 2014.

*

8. Sanction retenue à l'encontre de la société GRDF

8.1. Rappel des principes applicables en matière de sanction

En application des dispositions de l'article L. 134-27 du code de l'énergie, le comité de règlement des différends et des sanctions peut prononcer, « *en fonction de la gravité du manquement* :

1° Soit une interdiction temporaire, pour une durée n'excédant pas un an, de l'accès aux réseaux, ouvrages et installations mentionnés à l'article L. 134-19 ou, en cas de manquement aux articles 3, 4 ou 5 du règlement (UE) n° 1227/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie, de l'exercice de tout ou partie des activités professionnelles des personnes concernées ;

2° Soit, si le manquement n'est pas constitutif d'une infraction pénale, une sanction pécuniaire, dont le montant est proportionné à la gravité du manquement, à la situation de l'intéressé, à l'ampleur du dommage et aux avantages qui en sont tirés.

Ce montant ne peut excéder 3 % du chiffre d'affaires hors taxes lors du dernier exercice clos, porté à 5 % en cas de nouvelle violation de la même obligation dans le cas d'un manquement aux obligations de transmission

d'informations ou de documents ou à l'obligation de donner accès à la comptabilité, ainsi qu'aux informations économiques, financières et sociales prévues à l'article L. 135-1. À défaut d'activité permettant de déterminer ce plafond, le montant de la sanction ne peut excéder 100 000 euros, porté à 250 000 euros en cas de nouvelle violation de la même obligation.

Dans le cas des autres manquements, il ne peut excéder 8 % du chiffre d'affaires hors taxes lors du dernier exercice clos, porté à 10 % en cas de nouvelle violation de la même obligation. À défaut d'activité permettant de déterminer ce plafond, le montant de la sanction ne peut excéder 150 000 euros, porté à 375 000 euros en cas de nouvelle violation de la même obligation.

Si le manquement a déjà fait l'objet d'une sanction pécuniaire au titre d'une autre législation, la sanction pécuniaire éventuellement prononcée par le comité est limitée de sorte que le montant global des sanctions pécuniaires ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues » (soulignement ajouté).

Selon l'article L. 134-28 du code de l'énergie, les « sanctions énumérées à l'article L. 134-27 sont également encourues lorsque le gestionnaire, l'opérateur, l'exploitant ou l'utilisateur d'un réseau, d'un ouvrage ou d'une installation ou le fournisseur d'électricité ou de gaz naturel mentionné à l'article L. 134-25 ne s'est pas conformé dans les délais requis à une décision prise par le comité en application des articles L. 134-20 et L. 134-22, sans qu'il y ait lieu de le mettre préalablement en demeure » (soulignement ajouté).

8.2. Maximum légal de la sanction pécuniaire

En application des dispositions de l'article L. 134-27 du code de l'énergie, le maximum légal de 3 % du chiffre d'affaires hors taxes s'applique dans le cas d'un manquement aux obligations de transmission d'informations ou de documents ou à l'obligation de donner accès à la comptabilité. Dans le cas des autres manquements, le maximum légal de la sanction s'élève à « 8 % du chiffre d'affaires hors taxes lors du dernier exercice clos, porté à 10 % en cas de nouvelle violation de la même obligation ».

Au cas d'espèce, le manquement de la société GRDF à son obligation de transmettre un contrat conforme aux principes dégagés par le comité de règlement des différends et des sanctions dans sa décision du 19 septembre 2014, comme elle était tenue de le faire en application de ladite décision, ne constitue pas un manquement aux obligations de transmission d'informations ou d'accès à la comptabilité.

En conséquence, le montant de la sanction en l'espèce ne peut excéder 8 % du chiffre d'affaires hors taxes de la société GRDF lors du dernier exercice clos. Au regard des dernières données disponibles publiquement, la société GRDF a réalisé, au titre de l'exercice comptable de 2018, un chiffre d'affaires de 3 477 millions d'euros². Compte-tenu de cet élément, le maximum légal de la sanction s'élève à 278,16 millions d'euros.

8.3. Éléments d'appréciation de la sanction pécuniaire

Sur la gravité du manquement

Concernant la proportionnalité de la sanction au regard de la gravité du manquement, le comité de règlement des différends et des sanctions considère que sa décision du 19 septembre 2014 n'a pas été respectée par la société GRDF quant au délai de six mois requis pour transmettre à la société Direct Energie un nouveau contrat d'acheminement sur le réseau de distribution de gaz naturel conforme aux principes rappelés dans ladite décision.

En revanche, le comité prend note que la société GRDF a, avec 296 jours de retard, transmis un avenant conforme aux principes rappelés dans ladite décision le 23 mars 2016.

Dans sa décision en date du 11 juillet 2018³, le comité a rappelé la jurisprudence constante de la cour d'appel de Paris relatives au non-respect d'injonctions prononcées par l'Autorité de la concurrence, alors Conseil de la concurrence selon laquelle « [...] le non-respect d'une injonction constitue, en soi, une pratique d'une gravité exceptionnelle »⁴. De même, dans un arrêt du 11 janvier 2005⁵, elle a jugé : « Considérant que, s'agissant de la gravité des faits, le Conseil a exactement relevé, notamment, que le non-respect d'une injonction qui, en soi,

² https://www.grdf.fr/documents/10184/1291646/CP_Conf%C3%A9rence_de_Presse_2019/75eb0b6d-93c0-4169-a182-6709d0e3494f.

³ Décision n° 03-40-16 en date du 11 juin 2018 du comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie portant sanction à l'encontre de la société Enedis en application de l'article L. 134-28 du code de l'énergie.

⁴ Cour d'appel de Paris, 21 février 2006, n° 2005/14774.

⁵ Cour d'appel de Paris, 11 janvier 2005, n° 2004/11023.

constitue une pratique d'une gravité exceptionnelle, a permis à France Télécom de fermer à la concurrence le seul canal technique, constitué par l'option 3 qui restait ouvert, et de rester sur le marché en situation proche du monopole ».

Il convient de relever que l'article L. 134-28 du code de l'énergie sanctionne le non-respect par un opérateur du secteur de l'énergie d'une décision du comité de règlement des différends et des sanctions sans qu'une mise en demeure soit préalablement adressée à la personne mise en cause. Cette spécificité procédurale se justifie, d'une part, par la nécessité d'assurer l'exécution des décisions du comité de règlement des différends et des sanctions dans des délais assurant l'effectivité de cette procédure, ce qui implique notamment une intervention rapide du comité, et, d'autre part, par le fait que la personne mise en cause connaît la nature des obligations imposées par une décision de règlement des différends, dans le cadre d'un différend la concernant directement. L'article L. 134-28 du code de l'énergie consacre ainsi l'importance particulière qui s'attache à l'exécution, dans les délais fixés par le comité de règlement des différends et des sanctions, de ses décisions de règlement des différends, juridiquement contraignantes, et qui justifie le prononcé d'une sanction en cas d'inexécution.

Ces dispositions doivent être lues à la lumière du cadre européen relatif au marché de l'électricité et notamment de l'article 37 de la directive n° 2009/72/CE du 13 juillet 2009 qui impose aux États membres de confier à leur autorité de régulation le pouvoir d'« *infliger des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives à l'encontre des entreprises d'électricité qui ne respectent pas les obligations qui leur incombent en vertu [...] des décisions juridiquement contraignantes applicables de l'autorité de régulation [...]* ». ⁶

Dans les circonstances d'espèce, le comité estime que la méconnaissance, non justifiée, d'une décision de règlement de différend permettant d'assurer le principe fondamental de l'accès au réseau, dans des conditions objectives, transparentes, et non-discriminatoires, telle que la décision d'espèce du 19 septembre 2014 relative aux modalités de conclusion d'un contrat d'accès au réseau, constitue une pratique d'une exceptionnelle gravité.

Sur la situation de l'entreprise intéressée

Au regard des dernières données disponibles publiquement, la société GRDF a réalisé, au titre de l'exercice comptable de 2018, un chiffre d'affaires de 3 477 millions d'euros, un résultat net de 143 millions d'euros et un résultat d'exploitation de 409 millions d'euros. Par ailleurs, dans ses observations, la société GRDF n'a pas fait valoir de difficultés affectant sa capacité contributive à une sanction.

Compte tenu de sa taille et des moyens humains aussi bien juridiques que techniques à sa disposition, la société GRDF était en mesure de tirer toutes les conséquences de la décision du 19 septembre 2014 afin de s'y conformer dans les délais requis.

Pour apprécier le montant de la sanction, le comité de règlement des différends et des sanctions relève la position de la société GRDF sur le marché, et en particulier l'exclusivité dont elle dispose pour son activité de gestion de réseaux publics de distribution de gaz naturel dans sa zone de desserte. La société GRDF achemine en effet le gaz naturel auprès d'environ 11 millions de consommateurs dans plus de 9500 communes, ce qui représente environ 96 % des quantités de gaz naturel distribuées en France.

Le comité de règlement des différends et des sanctions prend également en compte la responsabilité particulière qui pèse sur la société GRDF en raison des missions de service public que la loi lui confie en matière de distribution de gaz naturel.

Sur l'ampleur du dommage

- *S'agissant de l'entrave à l'accès au marché*

Le comité de règlement des différends et des sanctions note que la société GRDF était contractuellement engagée pendant la période du manquement constaté, soit entre le 1^{er} juin 2015 et le 23 mars 2016, auprès de :

- 40 fournisseurs depuis le 1^{er} juin 2015 ;
- 41 fournisseurs depuis le 1^{er} octobre 2015 ;
- 42 fournisseurs depuis le 1^{er} novembre 2015.

⁶ Article 37, §4 d) de la directive 2009/72/CE du parlement européen et du conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE.

Tous les fournisseurs qui subissent nécessairement des impayés de manière régulière dans leur activité étaient ainsi susceptibles d'être concernés par le manquement commis par la société GRDF. Le comité note également que le CAD est imposé aux fournisseurs, qui ne peuvent avoir accès au réseau sans accepter le contrat.

Pour autant le comité n'a pas été en mesure d'établir que le comportement de la société GRDF a constitué une entrave à l'accès au marché pour les fournisseurs.

- *S'agissant de la quantification de l'ampleur du dommage*

L'ampleur du dommage devrait être évaluée au regard du montant total avancé par lesdits fournisseurs à la société GRDF au titre des créances « acheminement » déclarées irrécouvrables au cours de la période du manquement. Il devrait également être tenu compte de la date et du montant à laquelle la société GRDF a procédé au remboursement des créances « acheminement » déclarées irrécouvrables.

La notification des griefs proposait ainsi d'évaluer l'ampleur du dommage au regard du montant des charges relatives aux impayés sur la part acheminement pour les consommateurs bénéficiant d'offres de marché antérieurement au 31 décembre 2015 que la Commission de régulation de l'énergie a décidé de couvrir dans le cadre du tarif « ATRD5 » sur une période de quatre ans avec des annuités constantes. Ce montant, estimé à 56 millions d'euros dans la délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 10 mars 2016 définissant le tarif ATRD5 de GRDF a été réévalué à la hausse à hauteur de 94 millions d'euros dans la délibération de la Commission de régulation de l'énergie du 12 avril 2018 portant décision sur l'évolution de la grille tarifaire du tarif péréqué d'utilisation des réseaux publics de distribution de gaz naturel de GRDF au 1^{er} juillet 2018.

Toutefois, le comité ne peut retenir ces montants, dans la mesure où ils recouvrent une période *ab initio*, à compter de la signature du CAD et non la période du manquement constaté.

En outre, l'intégralité des sommes avancées par les fournisseurs ayant été remboursées à ces derniers, assorties d'intérêts, par le gestionnaire de réseau de distribution, il conviendrait de ne retenir pour l'évaluation de l'ampleur du dommage que le différentiel entre le taux d'intérêt appliqué par la société GRDF lors du remboursement des fournisseurs et les taux auxquels les fournisseurs ont pu, à l'époque du manquement, assurer leur besoin de financement associé aux impayés acheminement, et ce sur la seule période du manquement soit 296 jours.

Dans ces conditions, le comité considère que le coût du dommage pour le fonctionnement du marché du gaz naturel est limité.

Sur les avantages tirés par la société GRDF

Le comité de règlement des différends et des sanctions note que l'inexécution de sa décision du 19 septembre 2014 conduisait à transférer le risque financier lié au non-paiement dû au titre de l'utilisation des réseaux publics sur le fournisseur.

Sur les circonstances de nature à atténuer la responsabilité

Le comité de règlement des différends et des sanctions retient deux circonstances de nature à atténuer la responsabilité de la société GRDF.

En premier lieu, il reconnaît qu'une partie du retard constaté dans l'exécution de sa décision du 19 septembre 2014 provient de ce que la société GRDF, opérateur soumis à une obligation de non-discrimination dans les conditions d'accès à son réseau, a mené une large concertation avec les fournisseurs pour réviser le CAD et des efforts qu'elle a consentis dans ce cadre pour remanier en profondeur les stipulations de ce contrat. Le recours à la concertation, sous réserve de tout caractère dilatoire, permet, en effet, de prendre en compte les intérêts du marché sous le contrôle du régulateur.

En l'espèce, le comité estime qu'aucun élément du dossier ne permet de conclure que la société GRDF a organisé une concertation afin de retarder, à dessein, l'exécution de la décision du 19 septembre 2014.

En deuxième lieu, le comité de règlement des différends et des sanctions relève, comme il est indiqué dans le corps de la décision, que la société GRDF s'est finalement conformée aux principes dégagés dans la décision du comité par la transmission du troisième avenant.

8.4. Détermination de la sanction

Compte tenu de l'ensemble des éléments d'appréciation de la sanction exposé ci-dessus, le comité de règlement des différends et des sanctions décide de prononcer une sanction pécuniaire de cent mille euros (100 000 €) à l'encontre de la société GRDF.

En outre, eu égard aux exigences d'intérêt général qui s'attachent à ce que la présente décision soit connue par l'ensemble des acteurs du marché de gaz naturel, le comité décide de la publier au *Journal officiel* de la République française.

*

* *

DÉCIDE :

Article 1^{er}. – Une sanction pécuniaire de 100 000 euros est prononcée à l'encontre de la société GRDF.

Article 2. – La présente décision sera notifiée à la société GRDF et à la société Direct Energie. Elle sera publiée au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 15 juillet 2019,

Pour le Comité de règlement des différends et des sanctions,

Le Président,

Thierry TUOT